



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

객관적 체제 설정 조약의  
개념적 재평가

2017 년 8 월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

류 아 현

# 객관적 체제 설정 조약의 개념적 재평가

지도교수 정 인 섭

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함  
2017 년 4 월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

류 아 현

류아현의 석사 학위논문을 인준함  
2017 년 7 월

위 원 장     이 재 민     (인)

부위원장     이 근 관     (인)

위     원     정 인 섭     (인)

## 국문초록

조약은 당사국 간에만 적용됨이 원칙이다. 조약의 상대적 효력(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)이라고도 불리는 동 원칙은 그 근원이 로마법으로까지 거슬러 올라갈 정도로 국제법상 상당히 오래 전부터 인정되어 왔다. 그러나 한편으로는 이러한 원칙에 대해 일정한 예외를 인정하려는 움직임도 있어 왔다. 조약의 상대효 원칙에 대한 가장 극단적 형태의 예외로서 ‘객관적 체제 설정 조약(treaties establishing objective regimes)’ 개념이 있다. 객관적 체제 설정 조약이란 당사국만이 아닌 다른 모든 국가에 대해 대세적으로 효력을 미치는 조약이다.

본 논문은 객관적 체제 설정 조약이라는 개념이 과연 국제법상 인정될 수 있는가의 문제의식에서 출발했다. 객관적 체제 설정 조약 개념의 논의는 국제법위원회의 조약법 성문화 작업 당시 Waldock 특별보고관에 의해 처음으로 공식화되었다. Waldock 특별보고관은 대세적 효력을 가지는 특수한 조약 현상을 다루기 위해 조약법상 객관적 체제 설정 조약 개념이 인정되어야 한다고 보았다. 특별보고관은 동 개념을 다루기 위한 독자적 조항도 고안했다. 그러나 국제법위원회 내에서는 이를 두고 커다란 논쟁이 벌어졌다. 결국 조약법협약상 동 조항이 배제되어야 한다는 결론이 내려졌다. 그러나 국제법위원회의 이러한 결정을 객관적 체제 설정 조약 개념에 내려진 일종의 사형선고로 봐서는 안 된다. 실제로 많은 국제법 교과서에서 동 개념이 여전히 언급되고 있으며, 특정한 조약을 객관적 체제 설정 조약으로 보아야 한다는 논의도 끊이지 않고 있다. 국제법위원회도 조약법협약 이후 이루어진 조약의 국가승계에 대한 작업과 국가책임에 관한 작업 등에서 객관적 체제 및 객관적 체제 설정 조약 개념을 다룬 바 있다.

그렇다면 객관적 체제 설정 조약 개념이 현재 국제법상 갖는 지위를 어떻게 보아야 하는가? 바꾸어 말하자면, 객관적 체제 설정 조약은 현대 국제법상 과연 인정될 수 있는 개념인가? 만약 그렇다면, 구체적으로 어

떤 이유에서 이를 인정할 수 있는가? 본 논문은 기존 조약법 체제로는 조약이 대세적 효력을 갖는 현상을 충분히 설명할 수 없다는 분석에 근거하여, 객관적 체제 설정 조약이 이러한 현상을 다루는 데 있어 어떤 장점을 가지는지를 검토했다.

우선 본격적 논의에 앞서 제2장에서는 조약의 상대효 원칙 및 예외에 대해 고찰하였다. 여러 학자들과 기관들이 제시한 조약법 초안 내용을 비교하면서, 조약의 상대효 원칙 및 예외에 대한 인식이 어떻게 변화해 왔는지 분석했다. 후대로 갈수록 조약의 상대효 원칙의 절대적 성격이 완화되며 동 원칙에 대한 일정한 예외가 인정되기 시작했다. 그러나 1969년 비엔나 조약법협약에서는 상대효 원칙에 대해 두 가지 예외만 인정한다. 이는 바로 제3국에 권리 또는 의무를 발생시키는 조약(제3자적 조약)과 조약에 기초한 관습법의 발달이다.

제3장에서는 조약의 상대효 원칙에 대한 예외로서 대세적 효력을 갖는 조약 현상에 대해 살펴보았다. 여러 가지 유형의 조약들에 대해 어떤 근거로 대세적 효력이 인정되는지 검토했다. 조약법 성문화 과정에서도 이러한 조약 현상을 특수하게 취급해야 한다는 논의가 있었다. 본 논문에서는 각각의 조약법 초안이 이 문제를 어떻게 다루었는지 분석했다. 그러나 1969년 비엔나 조약법협약에서는 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 다루기 위한 독자적 조항 채택이 무산되었다. 중요한 것은 그렇게 된 이유이다. 비엔나 조약법협약에 따르면, 대세적 효력을 갖는 조약 현상은 제3자적 조약 개념 및 조약 규정의 관습국제법화로 충분히 설명할 수 있으므로 이러한 조항이 굳이 필요하진 않다.

마지막으로, 제4장에서는 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 제대로 다루기 위해 객관적 체제 설정 조약 개념이 인정될 필요가 있는지 살펴보았다. 선결적 논의로서 객관적 체제 설정 조약이란 정확히 어떤 개념인지를 분석했다. 이를 위해 객관적 체제 설정 조약을 처음으로 공식적으로 다룬 Waldock 특별보고관의 초안 내용 및 여러 학자들의 견해를 고려하여 객관적 체제 설정 조약의 다섯 가지 성립 요소를 도출했다. 끝으로, 이러한 객관적 체제 설정 조약의 개념이 제3적 조약 및 조약 규정의

관습법화에 비해 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 훨씬 더 명쾌하게 설명해 낼 수 있음을 확인했다. 객관적 체제 설정 조약은 조약과 관습국제법의 장점만을 합친 일종의 혼합형 규범 체제이다. 따라서 국제법상 객관적 체제 설정 조약 개념을 인정한다면, 오늘날 국제사회가 당면한 여러 문제들을 보다 효과적으로 해결할 수 있을 것이다.

**주요어** : 객관적 체제 설정 조약, 1969년 비엔나 조약법협약, 조약의 상호대효 원칙, 제3국에 권리를 부여하는 조약, 제3국에 의무를 부과하는 조약, 관습국제법, 대세적 효력을 갖는 조약.

**학 번** : 2015-21408

## 목 차

제 1 장 서론 .....	1
제 1 절 연구 목적 .....	1
제 2 절 연구 방법 및 범위 .....	8
 제 2 장 조약의 상대효 원칙과 예외 .....	11
제 1 절 조약의 상대효 원칙 .....	11
I. 로마법적 근원 .....	11
II. 조약법의 성문화 과정 .....	14
III. 비엔나 조약법협약 .....	28
제 2 절 상대효 원칙의 예외 .....	43
I. 제3국의 의미 .....	43
II. 제3국 의무 부과 조약 .....	47
III. 제3국 권리 부여 조약 .....	65
IV. 조약에 기초한 관습법 .....	88
 제 3 장 조약의 대세적 효력 .....	98
제 1 절 조약의 유형별 구분 .....	98
제 2 절 대세효가 인정되는 조약 .....	102
I. 평화조약과 국제적 결정 .....	103
II. 국제기구 설립 조약 .....	112
III. 위임통치·신탁통치협정 .....	114
IV. 영역의 이용에 관한 조약 .....	121
V. 영토할양조약·국경조약 .....	146
제 3 절 조약법상 논의 .....	150
I. 하버드 초안 .....	150

II. 비엔나 조약법협약 .....	151
<b>제 4 장 객관적 체제 설정 조약 .....</b>	<b>179</b>
<b>제 1 절 정의 및 성립 요건 .....</b>	<b>179</b>
I. 조약 당사국들의 의도 .....	186
II. 영역의 법적 지위 규율 .....	186
III. 법체제 설정 권한 .....	190
IV. 국제공익 보호 목적 .....	193
V. 제3국의 동의 .....	197
<b>제 2 절 제3자적 조약과의 비교 .....</b>	<b>201</b>
I. 권리·의무의 일원적 규율 .....	202
II. 일반적·추상적 제3국 .....	206
III. 영역 중심적 규율 .....	208
IV. 제3국 무임승차의 규제 .....	212
<b>제 3 절 관습국제법과의 비교 .....</b>	<b>216</b>
I. 구체적·체계적 규율 .....	218
II. 신속한 성립 가능성 .....	221
III. 새로운 국제 입법 수단의 모색 .....	224
<b>제 5 장 결론 .....</b>	<b>227</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>232</b>



# 제 1 장 서 론

## 제 1 절 연구 목적

조약은 당사국 간에만 적용된다(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). 조약의 상대적 효력 원칙이라고 불리는 이 원칙은 국제법상 오랜 기간 견고한 위치를 지켜왔다. 그러나 한편으로 이러한 일반 원칙에 대해 예외를 인정할 수 있는지, 만약 그렇다면 어느 범위까지 인정되는지 등의 의문이 끊임없이 제기되어 왔다.<sup>1)</sup> 조약의 상대효 원칙에 대한 예외 논의의 정점에는 ‘객관적 체제 설정 조약(treaties establishing objective regimes)’이 있다.<sup>2)</sup> 객관적 체제 설정 조약이란 당사국만이 아닌 다른 모든 국가에 대해 대세적으로 효력을 미치는 조약이다.

객관적 체제 설정 조약이라는 용어 자체를 처음으로 사용한 사람은 Waldock이다. 1960년대 국제법위원회(International Law Commission)의 조약법 성문화 작업 당시 특별보고관으로 활동했던 Waldock은 객관적 체제 설정 조약에 관한 조항을 조약법협약에 포함시킬 것을 제안했다. Waldock 특별보고관의 제안을 두고 국제법위원회 내 극심한 견해 대립이 있었다. 물론 조약상 권리 및 의무가 일정한 경우에 대세적 효력을 가질 수 있음은 모두가 인정했다. 위원들 간 입장이 특히 첨예하게 대립했던 쟁점은 객관적 체제 설정 조약이 조약법상 특별한 대우를 받아야 하는지 여부였다. 즉 객관적 체제 설정 조약이 조약법협약상 독자적 조항에서 다뤄야 할 정도로 특수한 조약법적 현상인지 문제되었다.

1969년 비엔나 조약법협약에 관한 주석은 국제법위원회의 최종 결정을

---

1) B. Simma, 'From Bilateralism to Community Interest in International Law', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 250 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1994), p. 358.

2) A. Proelss, 'Article 34. General Rule Regarding Third States', in O. Dörr & K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Heidelberg; New York: Springer, 2012), p. 623.

다음과 같이 설명한다. 조약으로 객관적 체제를 설정할 수 있다는 규정은 국제공동체 구성원 중 다수의 지지를 얻기 힘들 수도 있으므로, 위원회는 조약법협약에서 이 문제를 다루기 양기로 결정했다.<sup>3)</sup> 특히 중요하게 보아야 할 것은 위원회가 그렇게 결정한 이유이다. 위원회는 조약상 권리·의무가 대세적 효력을 갖는 현상은 제3국에게 권리를 부여하는 조약 및 조약 규정의 관습국제법화 등으로 충분히 설명된다고 보았다.<sup>4)</sup> 정리하면, 국제법위원회 위원들은 조약의 일부 내용, 즉 조약상 특정한 권리 또는 의무가 대세적 효력을 가질 수 있음에는 동의했다. 반면, 조약 자체가 대세적 효력을 가질 수 있음은 일부 위원들만 긍정했다.

그러나 국제법위원회가 비엔나 조약법협약상 객관적 체제 설정 조약에 관한 특별한 조항을 두지 양기로 결정했다고 해서 동 개념의 존재 자체를 부인한 것은 아니다.<sup>5)</sup> 위원회는 이후 조약의 국가승계에 관한 작업에서 객관적 체제 설정 조약 개념을 긍정적으로 검토했다. 이와 관련해서 1978년 ‘조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약’ 제12조의 주석에 특히 주목할 필요가 있다. 물론 주석은 1969년 비엔나 조약법협약의 입장을 정면으로 반박하는 것은 아님을 재차 강조하며, 조약의 승계국은 엄밀한 의미에서 조약의 제3국이 아니라고 설명한다.<sup>6)</sup> 그러나 객관적 체제 설정 조약이 승계국에도 구속력을 갖게 되는 ‘특별한 규칙’이 존재한다고 함으로써<sup>7)</sup> 실질적으로는 객관적 체제 설정 조약의 특수한 효력을 인정한 것이나 마찬가지였다.

국제법위원회는 조약의 국가승계 작업에서 객관적 체제 설정 조약이라는 특수한 사안을 다루는 규정이 별도로 필요하다고 판단했다.<sup>8)</sup> 그 결과

---

3) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 231, para. 4.

4) Ibid.

5) I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. (Manchester; Dover, N.H.: Manchester University Press, 1984), pp. 105-106; R. Rayfuse, 'The United Nations Agreement on Straddling and Highly Migratory Fish Stocks as an Objective Regime: A Case of Wishful Thinking?', *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1999), p. 261.

6) Yearbook of the International Law Commission, 1974, Vol. II, Part One, p. 204, para. 30.

7) Ibid.

8) Sinclair, *supra* note 5, p. 105.

가 바로 1978년 조약의 국가승계에 관한 비엔나 협약 제12조이다. 제12조 1항과 2항은 다음과 같이 시작한다. ‘국가승계는 그 자체로는 다음에 영향을 미치지 아니한다.’ 국제법위원회는 의도적으로 이런 표현을 선택했다. 국가승계의 효과가 아니라, 조약 자체의 처분적 효과로서 승계국이 객관적 체제에 구속된다는 사실을 드러내기 위해서였다.<sup>9)</sup> 이 역시 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력을 인정하는 것으로 이해된다.

객관적 체제 개념은 국가책임법 성문화 작업에서도 등장한다. Riphagen 특별보고관은 ‘국제책임의 내용·형식·강도’에 관한 제4차 보고서에서 객관적 체제와 관련된 의무의 위반에 대한 복구 가능성을 다룬다. 특별보고관은 객관적 체제를 정의함에 있어 ‘규범적 성질(normative character)’을 핵심 요소로 꼽았다. 규범적 성질이란 보상적(quid pro quo) 성질 및 협조적 절차(co-operative procure)로서의 성질과 구별되는 것으로, 객관적 체제의 ‘객관성’을 결정한다. 객관적 체제의 당사자들은 집단이익을 형성하며, 이를 지키기 위해 집단적 조치가 요구된다. 한 국가가 객관적 체제 하 의무를 위반하면, 특별히 영향 받는 당사국 외의 다른 국가들도 참여하는 다자적 제재조치가 취해진다.<sup>10)</sup> Riphagen 특별보고관의 객관적 체제 개념은 객관적 체제 설정 조약에서의 객관적 체제 개념보다 훨씬 광범위하다.<sup>11)</sup>

이처럼 Waldock 특별보고관의 ‘객관적 체제 설정 조약’ 개념은 조약법협약 작업에서 국제법위원회의 최종 결정과 함께 완전히 모습을 감추지 않았다. 많은 국제법 교과서들은 조약법 부분에서 이 개념을 언급한다.<sup>12)</sup> 물론 ‘객관적 체제 설정 조약’이라는 표현 대신 ‘처분적 조

9) Ibid.

10) 'Fourth Report on the Contents, Forms and Degrees of International Responsibility (Part 2 of the Draft Articles), by Mr. W. Riphagen, Special Rapporteur', Yearbook of the International Law Commission, 1983, Vol. II(1), 18-22, paras. 99-115.

11) B. Simma, 'The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an "Objective Regime"', *Cornell International Law Journal*, Vol. 19 (1986), p. 189, fn. 1.

12) I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 627-629; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 385; M. Fitzmaurice, 'The Practical Working of the Law of Treaties', in M. Evans (ed.),

약’<sup>13)</sup>, ‘대세적으로 의무 또는 권리를 창설하는 조약’<sup>14)</sup> 등의 표현을 사용한 경우도 있다. 그러나 이는 단순한 표현상의 차이에 불과할 뿐 국제공동체 전체에 대한 효력, 즉 대세적 효력을 갖는 조약을 지칭한다는 점에서는 본질적으로 동일하다. 저자들은 국제법위원회가 객관적 체제 설정 조약 조항을 조약법협약에 포함시키지 않기로 한 결정도 소개한다.<sup>15)</sup> 여기서 하나의 의문이 제기된다. 국제법위원회에서 부정적 결정이 내려진 개념을 왜 많은 교과서에서 굳이 언급하고 있는가?

객관적 체제 설정 조약은 Waldock 특별보고관의 개인적 구상에 불과한 개념이 아니다. 대세적 효력을 갖는 조약 개념은 조약법 성문화 과정에서 여러 가지 형태로 계속 등장했다. 조약의 상대효 원칙의 예외로서 대세적 효력을 갖는 조약을 인정할 수 있는지 여부는 실제로 국제법 학계에서 오래 전부터 이어져 온 논의이다. 따라서 국제법위원회에서 한 차례 내려진 결정만으로는 이러한 논의를 원천적으로 차단할 수 없었다. 국제법위원회의 결정이 내려진 이후에도 객관적 체제 설정 조약 논의는 계속 이어지고 있다. 최근에는 대안적 국제 입법 수단으로서 객관적 체제 설정 조약 개념의 활용 가능성이 제기되고 있다.<sup>16)</sup>

그러나 객관적 체제 설정 조약 논의와 함께 동 개념에 대한 비판적 시각도 여전히 존재한다. 객관적 체제 설정 조약 개념을 부정하는 논거는

---

*International Law*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 178; J. Klabbers, *International Law* (New York: Cambridge University Press, 2013), p. 57.; L. Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, 3rd ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1993), pp. 483-484, 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』 제6판 (서울: 박영사, 2016), p. 298; 김대순, 『국제법론』 제18판 (서울: 삼영사, 2015), pp. 82-88.

13) M. Dixon, *Textbook on International Law*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 78.

14) M. Shaw, *International Law*, 7th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), p. 674.

15) Fitzmaurice, 'The Practical Working of the Law of Treaties', *supra* note 12, p. 178; Brownlie, *supra* note 12, p. 627. 국제법위원회의 결정을 아예 언급하지 않는 교과서도 있다. Klabbers, *International Law*, *supra* note 12, p. 57.

16) E. Klein, *Statusverträge im Völkerrecht* (Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1980), p. 351; F. Salerno, 'Treaties Establishing Objective Regimes', in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2011), pp. 240-241; R. Barnes, 'Objective Regimes Revisited', *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 9 (2000), pp. 97-98.

크게 두 부분으로 구성된다. 첫째, 만약 객관적 체제 개념이 인정된다면 이는 조약이 제3국의 동의 없이 권리 또는 의무를 창설할 수 없다는 원칙에 대한 중대한 예외가 된다. 현실적으로 객관적 체제를 수립할 수 있는 국가는 강대국뿐이다. 따라서 객관적 체제 개념은 강대국들이 자신의 의사를 다른 국가들에게 강제하는 수단으로 남용될 우려가 있다.<sup>17)</sup>

둘째, 객관적 체제 개념의 남용을 막기 위한 장치로서 제3국의 동의가 요구된다고 하자. 조약의 대세적 효력이 실제로는 제3국의 묵인이나 승인에 근거한다면, 객관적 체제 설정 조약이라는 개념은 무용지물이 된다.<sup>18)</sup> 굳이 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 개념을 도입하지 않더라도 이러한 현상을 제3국에게 의무 및 권리를 발생시키는 조약, 조약의 관습법화 등으로 충분히 설명할 수 있기 때문이다.<sup>19)</sup> 실제로 조약이 제3국에 미치는 법적 효력은 결국 제3국의 동의에 근거하기 마련이다.<sup>20)</sup> 이처럼 객관적 체제 설정 조약에서 제3국의 동의가 요구된다고 하더라도 문제가 생기고, 요구되지 않는다고 하더라도 문제가 생긴다.

본 논문의 주된 목적은 이러한 비판에도 불구하고 객관적 체제 설정 조약 개념이 국제법상 인정될 수 있는지 검토하는 데 있다. 객관적 체제 설정 조약에 관한 첫 번째 비판적 논거는 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력을 제3국의 동의를 요하지 않는다는 의미로 이해한다.<sup>21)</sup> 그러나 조약의 대세적 효력과 제3국의 동의 불요는 동의어가 아니다. 객관적 체

17) 정인섭, 『조약법강의』 (서울: 박영사, 2016), p. 224.

18) Ibid, p. 225.

19) A. Proelss, 'Article 34. General Rule Regarding Third States', *supra* note 2, p. 642; P. Cahier, 'Le Problème des Effets des Traités à l'égard des États Tiers', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 143 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1974), p. 662.

20) Cahier, *supra* note 19, p. 677; D. Bederman, 'Third Party Rights and Obligations in Treaties', in D. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012), p. 891; D. Arrow, 'Seabeds, Sovereignty and Objective Regimes', *Fordham International Law Journal*, Vol. 7 (1983), p. 209.

21) See also, C. Rozakis, 'Treaties and Third States: a Study in the Reinforcement of the Consensual Standards in International Law', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 35 (1975), p. 9; E. David, '1969 Vienna Convention Article 34', in O. Corten & P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (New York: Oxford University Press, 2011), p. 890.

제 설정 조약 조항을 제안한 Waldock 특별보고관부터도 그렇게 생각하지 않았다. 특별보고관은 국가들이 자신의 의사와 관계없이 자동적으로 구속력을 발생시키는 조약 개념을 수용하기 어렵다는 사실을 인지했다.<sup>22)</sup> 그럼에도 불구하고 여러 가지 사례들을 언급하면서 객관적 효력을 갖는 체제가 실제로 존재한다고 결론 내렸다.<sup>23)</sup> 특별보고관은 국가들의 거부감을 줄이기 위한 절충적 장치로서 제3국의 명시적·묵시적 ‘승인(recognition)’을 객관적 체제 설정 조약의 인정 요건으로 포함시켰다.<sup>24)</sup>

Waldock 특별보고관의 입장에 대해, 위에서 살펴본 객관적 체제 설정 조약을 부정하는 두 번째 논거와 같은 비판이 제기된다.<sup>25)</sup> 만약 조약의 대세적 효력이 조약 규정 자체가 아닌 제3국의 동의에 근거한다면 제3자적 조약과 아무런 차이가 없게 된다는 것이다.<sup>26)</sup> 이에 대해 두 가지 반론이 가능하다. 첫째, 국제법규범이 동의한 국가에 대해 구속력을 갖는다는 것은 국제법의 기본 원칙이다. 제3자적 조약뿐만 아니라 관습국제법의 효력도 결국 제3국의 동의에 근거한다. 조약 규정이 관습국제법으로 발전해서 비당사국들을 구속하기 위해서는 비당사국들이 이를 관습국제법으로 수락해야 한다. 비당사국의 수락은 법적 확신 내지는 관행으로 나타날 것이다. 관습국제법 규범도 제3국의 동의에 근거한다는 점에서 제3자적 조약과 차이가 없다.

둘째, 제3자적 조약과 관련해서도 제3국 동의를 성립에 필수적인지 논의가 있었다. 특히 조약이 제3국에 권리를 부여하기 위해 제3국의 동의가 필수적인지에 대해 국제법위원회 내 극심한 견해대립이 있었다.<sup>27)</sup> 위원회는 이 문제를 미결 상태로 남겨 두었다.<sup>28)</sup> 이처럼 제3자적 조약 개

22) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 32, para. 17; 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, pp. 96-97, para. 29.

23) Ibid.

24) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 32, para. 17; 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 97, para. 30.

25) Cahier, *supra* note 19, p. 662.

26) Ibid.

27) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 70, para. 2.

28) Ibid.

념부터도 제3국에 대한 효력이 조약 규정 자체 또는 제3국의 동의 중 어느 것에 근거하는지 확실치 않다.

그러므로 제3국의 동의가 필요한지 여부는 객관적 체제 설정 조약을 제3자적 조약 및 관습국제법과 구별하는 기준으로 적절치 않다. 객관적 체제 설정 조약은 제3국의 동의를 전제하기 때문이다.<sup>29)</sup> 다만, 동 개념은 제3국 동의의 존재가 보다 쉽게 추정되며, 동의한 제3국에게 준당사국 지위를 인정한다는 점에서 특수한 위치에 있다. Waldock 초안 제63조 제2항 및 제4항이 이 점을 확인한다. Waldock 특별보고관은 객관적 체제 설정 조약이 최대한 빠른 시일 내에 대세적 수락을 얻도록 제3국 동의 추정 요건을 완화했다.<sup>30)</sup> Waldock 특별보고관이 제63조를 기초한 목적은 ‘확립된 국제법질서의 일부로서 객관적 체제의 승인을 촉진시키기 위해 법적 수단을 제공’ 하는 데 있었다.<sup>31)</sup>

본 논문에서는 어떤 점에서 대세적 효력을 갖는 조약이 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 개념으로 설명되어야 하는 특수한 조약법적 현상인지 살펴보고자 한다. 조약과 제3국의 관계에는 조약의 상대효 원칙이 기본 규칙으로 적용된다. 즉 조약은 원칙적으로 제3국에 대해 권리 또는 의무를 발생시킬 수 없다. 그러나 제3국의 동의를 얻는 경우에는 예외적으로 조약이 제3국에 대해 구속력을 미칠 수 있다. 상대효 원칙의 예외로는 ① 제3자적 조약, ② 조약 규정의 관습국제법화, ③ 객관적 체제 설정 조약 등이 있다. 1969년 비엔나 조약법협약은 상대효 원칙의 예외로 ①, ②만 인정한다. 모든 조약 현상들을 상대효 원칙과 그 예외로서 제3자적 조약, 조약 규정의 관습국제법화, 이 세 가지 개념으로 설명할 수 있는가? 일정한 유형의 조약들, 즉 대세적 효력을 갖는 조약들은 이 개념들만으로 설명하기는 어려운 측면이 있다. 본 논문에서는 이러한

29) 어떤 학자는 객관적 체제가 강행규범과 달리 제3국의 동의를 요구한다는 점에서 양자적 성질의 전통적 국제법 체계에 속한다고 설명한다. A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (New York: Oxford University Press, 2006), pp. 94-95.

30) Simma, 'The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an "Objective Regime"', *supra* note 11, p. 194.

31) 740th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 108, para. 34.

조약들에 대해 객관적 체제 설정 조약이라는 별개의 조약법적 규율 수단이 필요한지 검토할 것이다.

## 제 2 절 연구 방법 및 범위

국제법상 객관적 체제 개념은 조약법뿐만 아니라 국제법상 다른 여러 하위 분야들과도 밀접히 관련된다. 앞에서 살펴보았듯이, 객관적 체제 개념은 국제법위원회의 조약승계 작업과 국가책임법 작업에서도 등장했다. 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력을 설명하는 이론들도 이 문제를 여러 다양한 측면에서 접근한다. 즉 이를 조약법의 측면에서뿐만 아니라, 국제입법의 측면, 관습법적 측면, 물권적 측면에서 접근한다. 각각의 내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 조약법적 접근. 이 접근법은 객관적 체제의 대세적 효력이 조약의 상대효 원칙에 대한 예외를 구성한다고 설명한다. 즉 객관적 체제 설정 조약을 조약법상 특수한 개념으로 본다. 국제법위원회에서 조약법 성문화 작업을 담당했던 몇몇 특별보고관들은 이러한 접근법을 택했다.

둘째, 국제입법적 접근. 이에 따르면, 전체 국제공동체를 대표하는 국가 집단은 제3국에도 구속력을 갖는 조약을 체결할 ‘준입법적 권한(quasi-legislative authority)’을 가진다.<sup>32)</sup> 준입법적 권한은 조약 당사국들의 국제공익적 목적과 해당 영역의 관할권 등에서 비롯된다.<sup>33)</sup>

셋째, 관습법적 접근. 이에 따르면, 특정 영역에 설정된 계약적 성질의 법체제는 관습국제법화, 승인, 묵인 등의 과정을 거쳐 대세적으로 유효한 법규범으로 변모한다.<sup>34)</sup>

넷째, 물권적 접근. 특정 영역의 이용관계를 규율하는 조약은 당사국뿐만 아니라 모든 국가들에게 대세적으로 유효한 물권을 설정한다고 볼

---

32) A. McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961), p. 259.

33) Klein, *supra* note 16, p. 356.

34) Simma, 'The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an "Objective Regime"', *supra* note 11, p. 202.



수 있다. 일단 조약에 의해 설정되고 난 후에 이러한 물권은 조약으로부터 분리되어 독자적인 효력을 가진다.<sup>35)</sup> 즉 물권 설정 조약의 존속 여부와 관계없이 계속해서 대세적으로 유효하게 적용된다.

객관적 체제 설정 조약은 이러한 접근법들 중 어느 하나로만 설명될 수 없다. 위의 네 가지 접근법들은 객관적 체제 설정 조약을 각각 다른 각도에서 조명하기 때문이다. 따라서 이들은 상호 보완적 성격을 갖는 것으로 보아야 한다. 본 논문에서는 이 중에서 특히 조약법적 접근에 초점을 맞추고자 한다. 그 이유는 다음과 같다. 객관적 체제 설정 조약 개념은 조약법협약이 기초되는 과정에서 최초로 공식화되었다. 따라서 동 개념의 근원을 살펴보는 데 있어서는 조약법적 관점이 유용하다. 조약법 성문화 과정에서 객관적 체제 설정 조약 개념을 담은 조항이 새롭게 제안되고 논의되는 과정은 동 개념을 이해함에 있어 상당히 중요한 자료가 된다. 또한 객관적 체제 설정 조약은 조약의 형식을 취하고 있으므로, 결국은 조약법의 틀 내에서 논의되어야 한다.

조약법적 관점에서 객관적 체제 설정 조약을 살펴보기 위해 본 논문에서는 조약의 상대효 원칙 및 예외와 관련된 여러 조약법 초안을 비교 분석한다. 국제법위원회에서 조약법 성문화 작업을 공식 채택하기 전에도 개인 및 기관 차원에서 여러 가지 조약법 초안들이 제시되었다. 이 중 조약법에 관련된 모든 주제를 가장 포괄적이며 심층적으로 다룬 초안은 하버드 국제법 연구팀이 1935년 제시한 하버드 조약법 초안이다. 국제법 위원회가 조약법 성문화 작업을 시작한 후 총 4명의 특별보고관이 임명되었다. 그 중 조약과 제3국에 대해 완성된 형태의 초안을 제시한 특별보고관으로는 Fitzmaurice와 Waldock이 있다. Waldock 특별보고관의 초안은 국제법위원회 및 국가들의 입장을 반영하여 수정되었고, 1969년 비엔나 조약법협약에 비중 있게 반영되었다. 본 논문에서는 1935년 하버드 초안과 Fitzmaurice 초안, Waldock 초안을 주로 분석하기로 한다. Waldock 초안에 관한 국제법위원회 회의 내용도 함께 다룰 것이다.

본 논문은 논의의 출발점으로서 제2장에서 조약의 상대효 원칙 및 예

---

35) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, p. 256.

외에 대해 고찰할 것이다. 여러 학자들과 기관들에서 제시한 조약법 초안 내용을 살펴보면서 조약의 상대효 원칙 및 예외에 대한 인식이 어떻게 변화해왔는지 분석할 것이다. 특히 상대효 원칙의 예외로서 제3국에 권리 또는 의무를 부과하는 조약 개념과 조약에 기초한 관습법, 이 두 가지가 주로 인정되어 왔음을 확인하고자 한다.

다음으로 제3장에서는 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 살펴볼 것이다. 여러 가지 유형의 조약들이 어떠한 근거에서 대세적 효력을 가지는지 분석하기로 한다. 조약법 성문화 과정에서도 이러한 조약 현상을 특별한 것으로 다루려는 시도가 여러 차례 있었다. 각각의 조약법 초안이 이 문제를 어떻게 다루었는지 살펴볼 것이다. 그러나 최종적으로는 1969년 비엔나 조약법협약에서 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 다루기 위한 독자적 조항 채택이 무산되었음을 확인한다.

마지막으로, 제4장에서는 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 보다 효과적으로 설명하기 위한 개념으로서 객관적 체제 설정 조약에 대해 구체적으로 분석할 것이다. 객관적 체제 설정 조약 개념에 관한 논의를 최초로 공식화한 Waldock 특별보고관 및 이후 제시된 학자들의 견해를 토대로, 객관적 체제 설정 조약의 성립 요소를 도출할 것이다. 궁극적으로는 객관적 체제 설정 조약 개념이 기존 조약법상 인정된 상대효 원칙의 두 가지 예외, 즉 제3자적 조약과 조약 규정의 관습법화에 비해 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 더 잘 설명할 수 있음을 보이고자 한다.

## 제 2 장 조약의 상대효 원칙 및 예외

### 제 1 절 조약의 상대효 원칙

#### I. 로마법적 근원

조약의 상대적 효력이란 조약이 당사국에 대해서만 구속력을 가진다는 원칙이다. 라틴어로는 ‘*pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (조약은 제3자를 해하지도 유익하게 하지도 않는다)’ 라고 표현한다. 뜻을 풀이하면, 조약의 비당사국은 일부 경우를 제외하고는 조약상 혜택 및 조약 위반을 주장하지 못한다는 것이다.<sup>36)</sup> 비슷한 의미를 가진 다른 표현으로는 ‘*pacta non obligant nisi gentes inter quas inita* (합의는 이에 서명한 자들만 구속한다)’ , ‘*res inter alios acta alteri nocere non debet* (당사자 사이의 일은 제3자를 해하지 않는다)’<sup>37)</sup> 등이 있다.

조약의 상대효 원칙은 로마 계약법 법리에 근원을 두고 있다. 다만 유의할 점은 로마법상 ‘*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*’ 라는 표현 자체가 존재한 것은 아니라는 사실이다.<sup>38)</sup> 이는 국제법의 고유한 격언이며, 로마법의 영향을 받아 만들어진 것으로 보인다. 대표적인 로마법 저서 『유스티니아누스 법학제요(Imperatoris Justiniani Institutionum)』를 중심으로 관련 계약법 법리를 살펴보면 다음과 같다.

원칙적으로 아무도 제3자를 위한 계약을 할 수 없다.<sup>39)</sup> 甲이라는 사람

36) A. Fellmeth & M. Horwitz, *Guide to Latin in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 212.

37) 여기에서 ‘*res inter alios (acta)*’란 당사자들 간의 일, 즉 제3국에 대해 권리의무를 창설하지 않는 사항 또는 법규칙을 뜻한다. Ibid, p. 252.

38) See Salerno, *supra* note 16, p. 229 (fn. 39). Cf. Special Rapporteur Waldock, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, pp. 17-18, para. 1. ‘It appears originally to have been derived from Roman law in the form of the well-known maxim *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*’.

39) Institutes of Justinian, III Title 19, para. 19. ‘Alteri stipulari, ut supra dictum est,

이 제3자 丙을 위한 어떤 행위를 하겠다고 乙에게 약속하는 상황을 가정해 보자. 甲의 약속은 乙과 丙에게 어떠한 법적 권리도 부여하지 않는다. 乙은 약속 이행에 어떠한 이해관계도 없으며, 丙은 약속의 당사자가 아니기 때문이다.<sup>40)</sup> 그러나 다음의 예외적인 경우에는 乙과 丙에게 일정한 법적 권리가 발생할 수 있다.

먼저, 乙은 ① 약속 이행으로 혜택을 얻거나 또는 약속 불이행으로 의무를 부과받거나 손해를 입게 되는 경우, 또는 ② 약속 불이행시 불이익(poena)을 받기로 약정한 경우에 甲의 약속 이행에 대해 법적 권리를 가진다.<sup>41)</sup> 甲의 약속 이행 여부에 따라 乙에게 일정한 이익 또는 불이익이 발생하기 때문이다. 비록 甲의 행위가 표면적으로는 제3자 丙을 위한 것이지만, 실질적으로는 약속의 상대방인 乙을 위한 것이다.

다음으로, 丙은 ① 약속의 상대방인 乙의 주인(dominus)이거나 부친(pater)인 경우, 또는 ② 乙이 자신의 사자(使者)에 불과하며(대리인인 경우는 제외), 약속이 요물계약 또는 낙성계약에 해당하는 경우(즉 문답계약이 아닌 경우)에 약속 이행에 일정한 법적 권리를 가진다. 또한 ③ 乙이 丙의 명의를 모용하여 금전 및 기타 대체물을 거래한 경우, 丙에게 부당이득반환청구권이 인정된다.<sup>42)</sup> 그 밖의 다른 경우들도 있지만, 대부분 로마 시대에 국한된 특수 사례이므로 생략하기로 한다. 이로써 알 수 있는 사실은 甲의 약속 이행 여부가 丙에게 실질적으로 중대한 영향을 미치는 경우 예외적으로 丙에게 약속 이행 청구권이 인정된다는 점이다.

『유스티니아누스 법학제요』에서 제3자를 위한 계약은 제19장 「무효인 문답계약」 편에서 다루고 있다. 로마법상 제3자를 위한 계약은 원칙

---

nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris.’ 이를 번역하면 다음과 같다. ‘상술한 바와 같이, 아무도 타인을 위하여 문답요약할 수 없다. 즉 이 채무는 각자가 자신에게 이익되는 것을 스스로 취득하도록 발명된 것이기 때문이다. 더 나아가 타인에게 주어지는 경우, 요약자에게는 아무런 이익이 없다.’ 한글 번역은 성중모, ‘『유스티니아누스 법학제요』 한글 초역 -제3권 번역과 주석-’, 『법사학연구』 제46호 (2012), pp. 619-620 참고.

40) J. Moyle, *Imperatoris Justiniani Institutionum Libri Quattuor: with Introductions, Commentary and Excursus* (Oxford: Clarendon Press, 1903), p.413.

41) Ibid.

42) Ibid.

적으로 무효이다.<sup>43)</sup> 이처럼 로마법은 제3자를 위한 계약을 계약의 효력에 관한 문제로 취급한다. 1969년 비엔나 조약법협약이 제3국에 관한 조약을 제5부 「조약의 무효·종료 및 시행정지」가 아닌 제3부 「조약의 준수·적용 및 해석」 부분에서 다루고 있는 것과 대조적이다.

계약의 상대적 효력 및 제3자를 위한 계약 법리는 오늘날 영미법계와 대륙법계를 막론하고 많은 국가의 법체계에서 발견된다.<sup>44)</sup> 우리 민법도 계약의 상대적 효력에 대한 예외로서 제3자를 위한 계약을 인정한다. 민법 제539조 1항에 따르면, ‘계약에 의하여 당사자 일방이 제삼자에게 이행할 것을 약정한 때에는 그 제삼자는 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있다.’ 물론 제3자의 의사에 반하여 채권 취득을 강제할 수 있는 것은 아니고, 제3자의 권리는 그 제3자가 채무자에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시한 때에 생긴다(제539조 2항). 한편, 제3자에게 의무를 지우는 약정은 원칙적으로 무효이나, 제3자가 동의하는 경우에는 유효하다는 것이 우리 민법학계의 통설이다.<sup>45)</sup> 이처럼 우리 민법도 로마법과 마찬가지로 제3자를 위한 계약을 계약의 효력 문제로 다룬다.

20세기 초까지만 해도 조약이 ‘국제법상 계약’이라는 견해가 우세했다.<sup>46)</sup> 이에 따라 계약법 법리를 조약에 유추 적용하는 경우가 빈번했다. 조약의 상대적 효력 및 제3자적 조약<sup>47)</sup>의 법리도 계약법 법리로부터 유추되었을 가능성이 높다. 그러나 계약법 법리가 그대로 조약에 적용된

43) Institutes of Justinian, III Title 19, para. 4. ‘Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit.’ 이를 번역하면 다음과 같다. ‘어떤 이가 자신의 권력 하에 있는 이가 아닌 다른 이를 위하여 문답하는 경우, 무효다.’ 한글 번역은 성중모, *supra* note 39, p. 614 참고.

44) 이에 관한 비교법적 연구로는 R. Roxburgh, *International Conventions and Third States* (London: Longmans, Green & Co., 1917), pp. 6-18 참고.

45) 김준호, 『민법강의』, 제21판 (파주: 법문사, 2015), pp. 1472-1473.

46) H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (London: Longmans, Green & Co., 1927), pp. 159-160; Roxburgh, *supra* note 44, p. 3; P. Pradier-Fodéré, *Traité de Droit International Public Européen & Américain*, Tome Deuxième (Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885), §888, p. 473. Cf. L. Oppenheim, *International Law*, 2nd ed. (London: Longmans, Green and Co., 1912), p. 540.

47) 본 논문에서 ‘제3자적 조약’이란, 제3국에 권리 또는 의무를 부과하는 조약을 의미하는 용어로 사용된다.

것은 아니다.<sup>48)</sup> 위에서도 언급하였듯이, 1969년 비엔나 조약법협약이 제3자적 조약을 조약의 효력이 아닌 조약의 적용 문제로 다루고 있는 것이 대표적인 예다. 조약에 관한 일반적 법리를 성문화하려는 노력은 20세기 초반부터 꾸준히 이어졌다. 이하에서는 조약법의 성문화 과정을 통해 조약의 상대적 효력 및 제3자적 조약의 법리가 어떻게 변화되어 왔는지 살펴보기로 한다.

## II. 조약법의 성문화 과정

국제법위원회의 Brierly 특별보고관은 제1차 조약법협약 초안을 기초하면서 여러 기존 초안들을 참고하였다. 그가 참고한 저서 및 협약에는 Field의 『국제법전 초안(*Draft Outlines of International Code*)』 (1876), Bluntschli의 『법전화된 국제법(*Le Droit International Codifié*)』 (1881), Fiore의 『법전화된 국제법(*International Law Codified*)』 (Borchard 역, 1918), 1927년 미주법률가국제위원회의 초안(Draft of the International Commission of American Jurists), 1928년 제6차 미주 국가 국제회의에서 채택된 조약에 관한 협약(Convention on Treaties adopted by the Sixth International Conference on American States), 1933년 제7차 미주 국가 국제회의(Seventh International Conference of American States)에서 고려된 초안, 1935 하버드 법대 연구팀의 조약법협약 초안(Draft Convention on the Law of Treaties) 등이 있다.<sup>49)</sup> 이 자료들은 조약법의 성문화 과정을 잘 보여준다. 이하에서는 각각을 구체적으로 살펴보면서 조약의 상대적 효력 및 예외가 어떻게 다루어졌는지 검토한다.<sup>50)</sup>

---

48) UN 국제법위원회에서 조약법 성문화 작업을 담당했던 Waldock 특별보고관은 당사자로서 국가와 사인의 차이, 그리고 조약 체결 절차의 특수성을 고려하면 국내 계약법 원칙을 조약에 유추할 때 신중을 기해야 한다고 지적했다. Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 20, para. 1.

49) 'Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur', Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II p. 225, para. 11.

50) 1933년 제7차 미주 국가 국제회의(Seventh International Conference of American States)에서 고려된 초안은 조약의 해석에만 관련된 것이므로 이하의 논의에서는 다루지 않는다.

## 1. 학자들의 성문화 노력

미국 법률가 Field는 1872년 『국제법전 초안(*Draft Outlines of International Code*)』 제1판을 출간하였다. 머리말에서 그는 이러한 책을 쓰게 된 계기를 다음과 같이 설명한다. 1866년 9월 영국 맨체스터에서 열린 ‘사회과학 증진을 위한 영국 학술 협회(British Association for the Promotion of Social Science)’에서 그는 협회 산하에 국제법 법전화 위원회를 둘 것을 제안했다. 위원회의 목적은 국제법전을 완성해 각국 정부로부터 허가를 받는 것이었다. 이 제안은 많은 지지를 얻어 위원회가 구성되었다. Field는 위원회의 작업을 돕기 위해 자신의 견해를 반영한 국제법전을 출간했다.<sup>51)</sup>

Field는 『국제법전 초안』의 초판과 1876년 출간한 제2판에서 조약법 부분에 총 14개 조항을 할애했다. 조약법 부분에 있어 제2판은 초판과 크게 다르지 않다. 조약과 제3국의 관계에 대한 내용은 초판과 제2판 모두 제198조(제3국 침해적 조약)에서 규정하고 있다. 이에 따르면, ‘새로 체결되는 조약이 비당사국의 기존 조약상 권리를 침해한다면, 그 국가가 해당 조약의 이행에 동의한 경우에만 해당 조약은 침해적 범위 내에서 그 국가에 대해 유효하다.’<sup>52)</sup> 사실 동 조항은 조약과 제3국의 문제만을 다룬다고 볼 수는 없으며, 조약과 제3국의 문제뿐만 아니라 전조약과 후조약의 충돌 문제도 포괄하고 있다. 여기서 몇 가지 사실에 주목할 필요가 있다. 우선, 필드의 초안은 조약의 상대적 효력 원칙을 명시적으로 규정하진 않았다. 또한 제3국의 기존 권리를 침해하는 경우만 다루며, 제3국에게 새롭게 권리를 부여하는 경우에 대해서는 침묵한다. 이때 반드시 제3국 동의가 있어야 한다고 강조한다. 그는 또한 제3자적 조약을

---

51) D. Field, *Draft Outlines of an International Code* (New York: Diossy & Company, Law Publishers, 1872), Book First, pp. I - II.

52) Ibid, p. 81. 원문은 다음과 같다. ‘If a treaty interferes with the rights under a pre-existing treaty, of a nation other than a party to the new treaty, it is, to the extent of the interference, valid, as to such nation, only so far as it submits to the execution thereof.’

조약의 효력 문제로 취급한다.

Field는 이 내용과 관련해서 Bluntschli의 저서 『법전화된 국제법(*Le Droit International Codifié*)』을 참고했다고 밝힌다.<sup>53)</sup> 스위스 법률가 Bluntschli는 1870년에 『법전화된 국제법(*Le droit international codifié*)』을 처음 출간한 후, 1874년과 1881년에 각각 개정판을 냈다. Bluntschli는 조약의 제3국 문제를 「조약의 효력」 편에서 다룬다. 제414조에 따르면, ‘기존에 다른 국가들과 체결한 조약과 내용상 양립 불가능한 조약은 기존의 권리 침해가 우려되는 국가가 그 적용을 반대하는 범위 내에서 무효이다.’<sup>54)</sup> 제414조 1항은 다음과 같이 덧붙인다. ‘이러한 유형의 조약들은 절대적으로 무효인 것이 아니며, 단지 상대적으로 무효일 뿐이다. 동 조약들은 기존 권리를 침해받는 국가가 조약에 의한 개정을 배제하지 않는 경우 효력을 완전히 회복한다. 그러나 권리 충돌의 경우에는 더 오래 전부터 인정되어 온 조약상 권리가 우선한다.’ 비록 조약의 제3국이라는 표현을 쓰지 않았지만, ‘기존의 권리 침해가 우려되는 국가’가 조약의 제3국을 가리킨다는 점은 분명하다. Bluntschli의 제414조는 Field의 제198조와 내용상 크게 다르지 않다.

다음으로는 이탈리아 법률가 Fiore가 쓴 『법전화된 국제법(*Il Diritto Internazionale Codificato*)』가 있다. Fiore는 조약이 제3국에 미치는 효력에 5개 조항을 할애할 정도로 이를 상세히 다루었다.<sup>55)</sup> 우선 제779조는 조약의 상대적 효력 원칙을 명시적으로 규정한다. ‘조약은 당사국으로서 이를 체결한 국가 간에만 권리를 창설·변경·확장·폐지할 수 있다. 조약은 당사국이 아닌 제3국에 대해서는 *res inter alios acta* 이다.’

한편 제780조는 제3국에게 불이익을 주는 조약에 대해 다음과 같이 규정한다. ‘2개국 이상의 조약 당사국들이 제3국의 이해관계를 해하는 조

---

53) Ibid.

54) J. Bluntschli, *Le Droit International Codifié* (Paris: Guillaumin et cie, 1895), pp. 243-244. 원문은 다음과 같다. ‘Les traités don’t le contenu est en contradiction avec des traités conclus précédemment avec d’autres états, sont nuls dans la mesure en laquelle l’état don’t les droits antérieurs sont menacés s’oppose à leur exécution.’ 제414조의 내용은 모든 판에서 동일하다.

55) F. Pasquale, *International Law Codified and Its Legal Sanction*, 5th ed. (transl. by E. Borchard) (New York: Baker, Voorhis and Company, 1918), pp. 338-339.



항을 삽입한 경우, 동 조항은 비록 그 제3국의 반대가 없을지라도 그 국가에게는 무효로 간주된다.’ 제781조는 제3국에게 혜택을 주는 조약의 경우를 다룬다. ‘제3국에게 일정한 혜택을 주도록 조약상 규정된 경우, 해당 조항은 그 국가가 혜택을 수락한다는 의사를 공표하였거나 사실상 이미 혜택을 받은 경우가 아닌 이상 온전히 효력을 가질 수 없다.’

제782조는 제3국이 조약상 의무 또는 혜택을 수락하지 않은 경우에 대해 규정한다. ‘제3국의 거부는 원칙적으로 조약 자체의 효력에 영향을 미치지 않는다. 다만 조약의 효력 발생을 제3국의 수락에 의존케 함으로써 제3국의 수락이 조약의 필요불가결하며 중요한 부분을 구성하는 경우에는 그렇지 아니하다.’

마지막으로, 제783조는 조약당사국과 제3국의 동의에 대해 다소 복잡한 규정을 포함한다. ‘조약의 어떤 조항도 각 조약 당사국이 자국의 명의로 동의하지 않는 이상 유효하다고 볼 수 없다. 어느 한 당사국이 선의의 제3국을 위해 특정 행위를 할 것을 약속하면서 그 국가의 동의를 구하기로 한 경우, 그 당사국은 해당 조항에 대한 그 제3국의 동의를 구하기 위해 주선을 행해야 한다. 다만 그 당사국이 주선으로 제3국의 동의를 얻을 수 있다고 자신하여 그 제3국의 명의로 문제의 조항을 수락한 후, 신의성실하게 가능한 모든 수단을 동원하였음에도 제3국의 동의를 얻지 못하였다면, 그 당사국은 어떤 다른 의무도 가지지 아니한다.’

Fiore의 규정들은 1969년 비엔나 조약법협약에 가장 근접하다. 최초로 조약의 상대적 효력 원칙을 명시적으로 규정했으며, 제3국에 불이익을 주는 조약뿐만 아니라 이익을 주는 조약의 문제도 다뤘기 때문이다. 특히 중요한 것은 Fiore가 제3국의 의사를 중요하게 여겼다는 사실이다. 그는 제3국의 권리의무에 관한 조항의 효력이 발생하기 위해서는 반드시 제3국이 이를 수락한다는 의사를 명확히 해야 한다고 보았다. 물론 제3국이 동 조항을 거부한다고 해서 조약 전체가 무효로 되는 것은 아니다. 한편, 조약당사국들은 제3국의 동의를 얻기 위해 모든 가능한 노력을 다 할 행위의무만 부담하며, 이는 제3국의 동의를 반드시 얻어야 할 결과의무를 의미하진 않는다.

이상의 분석에서 특히 중요한 점은 학자들이 제3국에 권리의무를 부여하는 조약 자체를 무효로 보지 않았다는 사실이다. 제3국에 권리의무를 부여하는 조약, 즉 제3자적 조약은 제3국이 동의하기 전까지 유동적 무효 상태에 있는 것이 아니다. 제3자적 조약이라도 당사국 간에는 유효하며, 제3국은 동의한 경우에 조약의 적용 범위 내로 들어올 수 있다. 로마법 및 계약법 법리와 달리, 조약법상 제3자적 조약은 조약의 효력 준부가 아닌 효력 범위의 문제로 취급된다.

## 2. 1928년 아바나 협약

미주 지역에서는 비교적 이른 시기부터 국제법 법전화 노력이 전개되었다. 19세기부터 파나마 회의(Congress of Panama, 1826), 리마 회담(Conference of Lima, 1877), 워싱턴에서 열린 제1차 미주국가국제회담(International Conference of American States, 1889-1890) 등 여러 국제 회의에서 국제법의 법전화가 거론되었다. 그러나 법전화에 본격적으로 착수한 계기는 1901-1902년 멕시코시티에서 열린 제2차 미주 국가 국제 회담이었다. 당시 국제공법과 국제사법의 법전화를 담당할 7명의 법률가가 지명되었다. 1906년 리우데자네이루에서 개최된 제3차 범미회의에서는 21명의 법률 전문가로 구성된 ‘미주법률가국제위원회(International Commission of American Jurists)’가 구성되었다.<sup>56)</sup> 1910년 부에노스아이레스에서 열린 제3차 미주국가국제회담에서는 국제법 법전화의 필요성이 재차 강조되었다.

미주법률가국제위원회는 1912년 7월 첫 회기를 가졌다. 제1차 세계대전의 발발로 활동이 잠시 중단되었다가 1927년 두 번째 회의가 열렸다. 두 번째 회의에서 위원회는 국제공법과 국제사법에 관한 최종 초안들을 채택했다. 조약법은 국제공법에 관한 초안의 네 번째 주제로 다루어졌다. 이 중 조약과 제3국의 문제는 제9조에서 다음과 같이 간단히 언급되

---

56) Convention Establishing an International Commission of Jurists (Inter-American), signed at Rio de Janeiro, August 23, 1906.

었다. ‘제3국의 이익에 관한 조약 규정의 효력은 그 제3국의 명시적 동의에 의존한다.’<sup>57)</sup> 조약법에 관한 조항이 총 17개 밖에 되지 않는다는 점을 감안하면, 조약과 제3국 문제에 1개의 조항만 할애한 것은 큰 문제가 아니다. 다만 흥미로운 점은 초안이 조약과 제3국에 관한 대표적 문제로 제3국에 이익을 주는 조약을 꼽았다는 사실이다. 한편, 제3국에 이익을 부여하는 조약상 조항이 효력을 발생하기 위해서는 반드시 제3국의 ‘명시적’ 동의가 있어야 한다고 규정한 점도 주목할 만하다.

미주법률가위원회의 최종 초안들은 1928년 쿠바 아바나에서 열린 제6차 미주국가국제회담에서 일부 수정을 거쳐 채택되었다. 조약법도 ‘조약에 관한 협약(Convention on Treaties)’으로서 1928년 2월 20일 서명되었다. 조항의 총 개수가 21개로 늘어났음에도 제3국에 관한 조항은 여전히 1개에 불과했다. 그러나 제9조의 문언은 다음과 같이 변경되었다. ‘조약 규정 중 비당사국인 제3국의 이익에 관한 조항의 수락 및 거부는 그 제3국의 결정에 온전히 따른다.’<sup>58)</sup> 기존 위원회 초안과 비교했을 때 가장 두드러진 차이점은 ‘효력(effect)’이라는 표현을 삭제했다는 사실에 있다. 아바나 협약 이전 학자들의 초안은 제3자적 조약의 ‘효력’을 언급했으나, 이를 기점으로 이후 하버드 초안과 비엔나 협약에서는 이 표현이 완전히 사라졌다. 그 밖에도 위원회 초안에서 사용된 ‘명시적 동의’가 ‘결정’이라는 다소 애매모호한 표현으로 바뀌었다. 또한 제3국의 결정에 ‘온전히’ 따른다고 함으로써 제3국의 의사에 더 큰 강조점을 두었다. 서명국 중 어느 국가도 제9조에 대해서는 유보의 의사를 표명하지 않았다.

57) 원문은 다음과 같다. ‘Terms stipulated in a treaty for the benefit of a third State depend for their effect upon the express acceptance by the third State.’ ‘Projects of Public International Law’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1, Supplement: Codification of International Law (1928), p. 245.

58) 원문은 다음과 같다. ‘The acceptance or the non-acceptance of provisions in a treaty, for the benefit of a third state which was not a contracting party, depends exclusively upon the latter’s decision.’ ‘Convention on Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 3, Supplement: Official Documents (1928), p. 139.

### 3. 1935년 하버드 초안

1920년대 후반 하버드 법과대학의 주도 하에 ‘국제법 연구팀 (Research in International Law)’이 구성되었다. 연구팀의 목적은 1929년 국제연맹이 개최할 예정이었던 제1차 국제법 법전화 회의(Conference on Codification of International Law)에서 다뤄질 세 가지 주제에 관해 연구를 진행하는 것이었다.<sup>59)</sup>

국제연맹규약에는 국제법의 점진적 발달 및 법전화를 장려하기 위해 총회가 연구를 발의하고 권고한다는 UN헌장 제13조 1항 (a)호 같은 조항이 없었다. 당시 국제법의 법전화는 학계의 고유 영역으로 여겨졌다. 국제연맹은 국제평화와 안정의 유지에 대한 광범위한 법적 기반을 마련하기 위한 노력의 일환으로서 국제법 법전화 작업에 착수했다.<sup>60)</sup> 총회는 법전화 작업을 진행하기 위한 전문가 위원회(Committee of Experts)를 구성하도록 이사회에 요청했다.<sup>61)</sup> 위원회는 설립 이후 1925년과 1926년, 1927년 세 차례 모임을 가졌다.

조약법의 법전화는 1925년 제1차 전문가 위원회 회의 당시부터 언급되었던 주제이다. 위원회는 ‘조약의 체결과 기초에 관한 규칙’을 포함하여 총 11개 주제를 논의하기 위해 소위원회를 구성했다.<sup>62)</sup> 제2차 전문가 위원회 회의에서는 이 주제를 포함한 7개 주제에 대해 설문지를 만들어 국제연맹 회원국들에게 배포했다. 조약법의 법전화에 대한 국가들의 의

---

59) M. Hudson, ‘Research in International Law’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1 (1928), p. 151. 여기에서 언급된 제1차 국제법 법전화 회의는 1929년이 아닌 1930년에 개최되었다.

60) S. Rosenne, ‘Codification Revisited After 50 Years’, J. Frowein & R. Wolfrum (eds.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2 (London: Kluwer Law International, 1998), p. 2.

61) ‘Resolution Adopted by the Assembly of the League of Nations, 22 Sep. 1924’, *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 21 (1924), p. 10. 흥미롭게도 전문가 위원회 명단에는 하버드 초안 마련에 주도적 역할을 했던 George W. Wickersham도 포함되었다. General Introduction, *American Journal of International Law*, Vol. 23, Special Supplement (1929), p. 6.

62) ‘United Nations Documents on the Development and Codification of International Law’, *American Journal of International Law*, Vol. 41, Issue 4, Supplement (1947), p. 68.

사를 묻기 위함이었다. 설문지에는 각 주제에 관한 소위원회의 보고서가 포함되어 있었다. 보고서는 향후 검토되어야 할 조약법 관련 소주제의 목록만 제시했고, 조약법의 초안을 제시한 것은 아니었다.<sup>63)</sup> 조약법의 법전화를 시기상조라고 반대하는 국가들도 있었으므로, 전문가위원회와 같은 공식적 성격의 기관이 곧바로 구체화된 초안을 제시하기는 어려웠을 것이다. 오히려 하버드 국제법 연구팀과 같은 사설 기관이 이러한 작업을 더 수월하게 진행할 수 있었다.

하버드 국제법 연구팀은 총 13개의 주제를 4번의 기간에 걸쳐 다루었다.<sup>64)</sup> 조약법 초안은 세 번째 기간(1932-1935) 동안 완성되었다.<sup>65)</sup> 조약과 제3국에 관한 내용은 제18조에서 규정한다. 비록 1개 조항에 불과했으나, 연구팀은 이에 관해 20페이지 가량의 주석을 작성했다. 제18조의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

“제18조 (조약과 제3국)

- (a) 조약은 당사국이 아닌 국가에 대해 의무를 부과해서는 안 된다.
- (b) 조약이 당사국 또는 서명국이 아닌 국가에 명시적으로 혜택을 부여하는 조항을 포함하는 경우, 이 국가는 동 조항이 당사국 간 계속해서 효력이 있는 한 동 조항상 혜택을 주장할 수 있다.”<sup>66)</sup>

63) ‘Questionnaire No. 5: Procedure of International Conferences and Procedure for the Conclusion and Drafting of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 3, Supplement (1926), pp. 204-221. 설문 결과에 대한 전문가 위원회의 분석은 ‘Report to the Council of the League of Nations on the Questions which Appear Ripe for International Regulation’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1, Supplement (1928), pp. 21-25 참고.

64) 각 기간별 소개는 다음을 참고. ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 23, Special Supplement (1929), pp. 1-9; ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 26, Supplement (1932), pp. 1-14; ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 (1935), pp. 1-13; ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 33 (1939), pp. 1-10.

65) 1935년 하버드 조약법 초안의 현대적 평가는 A. Aust, ‘Law of Treaties’, in J. Grant & J. Barker (eds.), *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal* (Buffalo, New York: William S. Hein, 2007), pp. 307-335 참고.

66) 원문은 다음과 같다.

“Article 18. Treaties and Third States

(a) A treaty may not impose obligations upon a State which is not a party

하버드 초안은 제3국에 대한 의무 부과와 권리 부여의 경우를 각각 (a)항과 (b)항에서 따로 규정한다. 주석에 따르면, (a)항은 조약의 상대적 효력 원칙을 천명한다.<sup>67)</sup> 즉 조약의 상대적 효력 원칙을 제3국에 대한 권리 및 의무 부과 금지가 아닌, 제3국에 대한 의무 부과 금지로만 본 것이다. 제3국에 대한 의무 부과는 절대적으로 금지되는 반면, 제3국에 대한 권리 부여는 제3국의 동의가 있으면 허용된다. 이와 대조적으로, 1969년 비엔나 조약법협약은 조약의 상대적 효력 원칙을 제3국에 대해 권리 또는 의무 모두를 부과하지 않는 것으로 정의하며, 제3국의 동의가 있다면 권리뿐만 아니라 의무 부과도 가능하다.

하버드 초안 주석은 조약의 상대적 효력 원칙이 국제법학과 국가실행상 인정되는 일반 원칙이라고 설명한다.<sup>68)</sup> 주석은 학설과 국내·국제판례, 국가 및 국제기구 관행의 순서로 검토하면서 이러한 결론을 확증한다. 주석이 예로 든 국제법학자로는 Roxburgh와 Cavaglieri, Anzilotti, Pillaut 등이 있다. Roxburgh는 18명의 국제법 학자들의 저서를 분석하여 이들 모두 제3국 의무 부과에 대해 부정적임을 확인했다.<sup>69)</sup> Cavaglieri 역시 조약은 제3국에 의무를 부과할 수 없으며, 이는 가장 확실하며 보편적으로 인정된 국제법상 원칙이라고 보았다.<sup>70)</sup> Anzilotti에 따르면, 동원칙은 대다수 국제법학자들의 견해뿐만 아니라, 지속적 관행에 의해서도 인정된다.<sup>71)</sup> Pillaut는 비록 제3국이 조약상 명시되었더라도 당사국이 아닌 이상 조약을 직접 원용하거나 거부할 수 없다고 보았다.<sup>72)</sup>

---

thereto.

(b) If a treaty contains a stipulation which is expressly for the benefit of a State which is not a party or a signatory to the treaty, such State is entitled to claim the benefit of that stipulation so long as the stipulation remains in force between the parties to the treaty."

67) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 918.

68) Ibid.

69) Roxburgh, *supra* note 44, pp. 19-20.

70) A. Cavaglieri, 'Règles Générales du Droit de la Paix', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 26 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1929), p. 527.

71) D. Anzilotti, *Cours de Droit International* (traduction par G. Gidel) (Paris: Recueil Sirey, 1929), p. 414.

조약 자체에서 상대적 효력 원칙이 명시적으로 규정되는 경우도 있다. 대표적 사례로 1856년 4월 16일의 파리 선언(Declaration of Paris)이 있다. 파리 선언은 마지막 부분에 다음과 같은 문구를 삽입했다. ‘동 선언은 이에 가입하거나 가입할 국가들 간을 제외하고는 구속력을 가지지 않는다.’<sup>73)</sup> 그러나 하버드 초안 주석은 이와 같이 자명한 원칙을 명시적으로 규정하는 것은 불필요하다고 본다.<sup>74)</sup>

하버드 초안 작성 당시 각국 국내법원에서 내려진 판결들도 조약이 제3국에 의무를 부과할 수 없다는 원칙을 지지했다. 1925년 12월 11일 스위스 연방법원은 *Tramplé v. High Court of Zurich* 판결에서 스위스가 베르사유 조약의 당사국이 아니므로 조약이 스위스 영토에 적용되지 않는다고 판단했다.<sup>75)</sup> 1921년 2월 8일 폴란드 대법원은 *Feldmann v. Polish Treasury* 사건에서 폴란드는 1890년 10월 4일자 베른 조약(Berne Convention)의 당사국이 아니므로 조약상 의무를 부담하지 않는다고 판시했다.<sup>76)</sup> 1923년 11월 20일 이탈리아 항소법원은 1905년 헤이그 조약(Hague Convention)이 당사국에만 의무를 부과하므로, 헝가리로부터 분리 독립한 신생국 피우메(Fiume)와 이탈리아 사이에는 적용되지 않는다고 보았다.<sup>77)</sup> 1924년 9월 24일 헝가리 왕립법원은 1905년 헤이그 조약이 비당사국인 유고슬라비아에 적용되지 않는다고 판단했다.<sup>78)</sup>

72) 다만 Pillaut는 조약이 비당사국 국민에 일정한 혜택을 부여할 수 있으며, 이 경우 비당사국 국민은 동 조약이 법적 효력을 갖는 영역 내에서 이를 원용할 수 있다고 보았다. J. Pillaut, 'Nature Juridique et Effets Généraux des Traités Internationaux', *Journal de Droit International*, Vol. 46 (1919), pp. 600-601.

73) 원문은 다음과 같다. 'The present Declaration is not and shall not be binding, except between those Powers who have acceded, or shall accede, to it.'

74) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 918.

75) A. McNair & H. Lauterpacht (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1925-1926* (London; New York; Toronto: Longmans, Green & Co., 1929), Case No. 265.

76) J. Williams & H. Lauterpacht (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1919-1922* (London; New York; Toronto: Longmans, Green & Co., 1932), Case No. 44..

77) 'Jurisprudence en Matière de Droit International', *Bulletin de l'Institut Intermédiaire International*, Vol. 14 (1926), p. 66.

78) Ibid, p. 58.

국제법원 판결도 조약이 제3자에게 의무를 지우지 않음을 확인한다. 우선 영국-터키 혼합중재재판소의 1927년 12월 29일자 *Eastern Bank Ltd. v. Turkish Government* 판결을 살펴보도록 하자. 원고는 터키에 대해 베르사유 조약 제297조를 원용하면서 배상을 요구했다. 재판부는 조약 비당사국인 터키가 조약의 존재를 인정했다고 해서 조약 당사국이 되는 것은 아니므로, 문제의 조항은 터키에 대해 직·간접적으로 원용될 수 없다고 판단했다.<sup>79)</sup> 한편, 1928년 10월 19일 *Pablo Nájera* 사건에서 멕시코는 프랑스가 국제연맹규약 제18조에 따라 1924년 프랑스-멕시코 청구 협약을 등록하지 않았으므로 구속력이 없다고 주장했다. 프랑스-멕시코 혼합청구위원회의 Verzijl 위원장은 *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* 원칙에 따라 비회원국은 회원국의 등록 의무 불이행 사실을 원용할 수 없다고 판단했다.<sup>80)</sup>

*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* 사건에서는 폴란드가 비준하지 않은 국제 협약을 폴란드에 대해 원용할 수 있는지 문제되었다. 1919년 베르사유 조약 제338조에서는 조약상 일부 조항들이 추후 포괄적 협약에 의해 대체될 것이라고 규정했다. 1921년 체결된 바르셀로나 협약<sup>81)</sup>이 바로 이러한 조약에 해당했다. 문제는 베르사유 조약의 당사국 중 바르셀로나 협약을 비준하지 않은 국가에 대해서도 동 협약이 적용되는지에 있었다. 물론 여기에서 말하는 협약의 적용이란, 협약 전체의 적용이 아니라 베르사유 조약 제338조상 동 협약이 갖는 효력만을 의미한다.<sup>82)</sup> PCIJ는 폴란드에 대해 바르셀로나 협약을 원용할 수 없으며, 폴란드의 조약상 의무는 베르사유 조약으로만 국한된다고 판단했다.<sup>83)</sup> 하버드 초안 주석은 PCIJ의 동 판결이 조약의

79) A. McNair & H. Lauterpacht (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928*, reprinted ed. (London; New York; Toronto: Longmans, Green & Co.; Grotius Publications Ltd. Cambridge, 1981), Case No. 298.

80) Ibid., Case No. 271; *Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, 19 October 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. V, pp. 466-508.

81) 1921 Convention and Statute on the Regime of Navigable Waterways of International Concern.

82) *Case relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, Judgment of 10 September 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 20.



상대효 원칙을 확인한 것이라고 보았다.<sup>84)</sup>

PCIJ는 판결 이유에서 오히려 상대효 원칙의 예외가 존재할 수 있음을 인정했다. 이에 따르면, 베르사유 조약 제338조상 ‘포괄적 협약(General Convention)’이란 국제법의 일반 원칙에 따라 발효하는 협약이다. 국제법의 일반 원칙상 조약은 일부 예외적인 경우를 제외하고는 국가들이 비준한 경우에만 구속력을 발휘한다. 재판부는 이어서 베르사유 조약 제338조가 이러한 일반 원칙의 예외로 의도되었는지 검토했다. 그리고 제338조 문언의 해석상 ‘포괄적 협약’은 비준 여부와 관계없이 구속력을 갖는 협약이 아니라고 결론 내렸다. 바르셀로나 협약 역시 문언 해석상 대세적 구속력을 갖는 협약으로 의도되지 않았다고 판단했다.<sup>85)</sup> PCIJ는 상대효 원칙의 예외를 인정하고, 베르사유 조약 제338조와 바르셀로나 협약이 이에 해당하는지 검토했다. 이는 PCIJ 시절에도 조약의 상대효 원칙이 절대적인 것으로 여겨지지 않았다는 사실을 잘 보여준다.

다음으로, 하버드 초안 주석은 국제연맹규약 제17조가 비회원국에 의무를 부과하는 규정인지 살펴보았다. 제17조는 다음과 같이 규정한다. ‘연맹 회원국과 비회원국 간, 또는 비회원국들 간에 분쟁이 발생하는 경우, 비회원국들은 이사회가 공정하다고 보는 조건에 따라 동 분쟁을 해결하기 위해 연맹 회원국의 의무를 수락하도록 요청받는다. 비회원국이 요청을 받아들이면, 상기 제12조 내지 제16조가 적용되며 이는 이사회가 필요하다고 보는 범위 내에서 변경될 수 있다.’ 동조에 따라 일정한 경우 비회원국에게 직접적으로 제16조상 제재 조치가 가해질 수 있다는 해석도 제기될 수 있다. 그러나 Anzilotti는 제17조를 조약의 상대효 원칙에 부합하도록 해석해야 한다고 보았다.<sup>86)</sup> 실제로 *Eastern Carelia*

83) Ibid, p. 22.

84) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 920.

85) *Case relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, Judgment of 10 September 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 23, pp. 20-21. Cf. 국제법위원회의 Waldock 특별보고관은 동 조약을 ‘입법적 성격을 가진 일반 다자조약(general multilateral treaty of a law-making character)’라고 평가했다. Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 18, para. 3.

86) Anzilotti, *supra* note 71, p. 415.

사건에서는 국제연맹규약 제17조에 따라 비회원국인 러시아와 회원국인 핀란드 간 분쟁이 국제연맹에 회부될 수 있는지 문제되었다. PCIJ는 비회원국은 국제연맹규약에 구속되지 않는다고 보았다. 그러므로 러시아의 동의가 있어야만 핀란드와의 분쟁이 규약상 절차에 회부될 수 있다고 판단했다.<sup>87)</sup>

국제연맹규약 제16조상 제3자적 효력에 관한 국제연맹 보고서는 다음과 같이 설명한다. 제3국은 규약 제16조상 조치를 묵인할 어떠한 의무도 부담하지 않으며, *pacta tertiis* 원칙에 따라 규약은 그 자체로서 제3국의 기존 권리관계에 영향을 미칠 수는 없다. 규약이 회원국들에게 반드시 제3국의 권리를 침해해야 한다는 의무를 부과하는 것도 아니다. 조약은 국제법상 제3국의 권리에 부합하도록 해석되어야 한다. 그러므로 연맹 회원국들은 제16조상 경제적 제재조치를 취함에 있어 제3국의 권리를 완전히 존중해야 한다.<sup>88)</sup>

그러나 제3국이 조약에 대해 아무런 책무도 부담하지 않는다고 할 수는 없다. 조약 체결 사실을 통보받은 제3국이 이에 아무런 반대의사도 표명하지 않았다면, 동 조약을 존중할 도덕적 책무가 발생한다. 즉 제3국은 조약의 대상 및 목적을 저해하는 행위를 해서는 안 된다. 제3국이 이러한 책무를 다한다면 이에 대응하는 권리를 갖게 될 수도 있다.<sup>89)</sup> 조약의 존재에 대한 제3국의 승인은 명시적 혹은 묵시적으로 행해져야 하며, 제3국의 승인 의도가 명백하게 드러나야 한다. 물론 제3국의 승인이 조약 형성 과정에 대한 참여를 의미하는 것은 아니다. 즉 제3국은 여전히 비당사국으로 남아 있다.<sup>90)</sup>

일부 학자들은 조약의 상대효 원칙에 대한 예외로서 국제적 처분을 언

---

87) *Status of Eastern Carelia*, Advisory Opinion of 23 July 1923, Publications of the P.C.I.J., Series B, No. 5, pp. 27-28.

88) 'Legal Position Arising from the Enforcement in Time of Peace of the Measures of Economic Pressure Indicated in Article 16 of the Covenant, Particularly by a Maritime Blockade, C. 241. 1927 V', *League of Nations Official Journal*, Vol. 8, Issue 7 (1927), p. 837.

89) See Anzilotti, *supra* note 71, p. 416.

90) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 922.

급하기도 한다. 국제적 처분 조약은 법적 원칙이 아니라, 처분이 부과되는 국가들의 묵인 혹은 조약의 공익적 목적에 의해 정당화된다. 대표적인 사례로서 국제수로의 지위 또는 사용에 관한 조약, 중립화·비무장화 조약 등이 있다.<sup>91)</sup> 반면, 국제적 처분 조약이 영속적 지위를 창설함으로써 보편적 의무가 발생하긴 하나, 이는 조약 자체로부터 비롯된 것이라기보다는 보편적 수락 및 묵인에 의한 것이라는 견해도 있다.<sup>92)</sup> 한편, 국제적 처분이 정치적 현상에 불과하며 제3국에 대해 법적 효력이 없다는 견해도 제기된다. *Jurisdiction of the European Commission of the Danube* 사건에서 Negulesco 재판관은 국제적 처분의 대표 사례인 유럽공조체제 (Concert of Europe)를 설명하면서, 이는 정치적 체제에 불과하므로 제3국에 대해 법적 구속력이 없다고 보았다.<sup>93)</sup> 그러나 주석은 국제적 처분 결정이 실제로 집행되고 제3국이 이를 묵인했다는 점에 주목했다. 또한 제3국에 의무를 부과하는 국제적 처분은 양자조약이 아닌 다자조약의 형태로만 가능하다고 보았다. 이러한 관점에 따르면, 파나마 운하에 대해 영국과 미국 간 1901년 체결된 Hay-Pauncefote 조약은 국제적 처분이라고 할 수 없지만, 킬 운하를 국제화한 1919년 베르사유 조약 제380조는 국제적 처분이다.<sup>94)</sup>

하버드 초안 주석은 당시 대다수 학자들이 지지했던 입장에 따라 조약의 상대효 원칙이 마치 절대적인 성격을 가진 것으로 표현했다. 그러나 주석에서 예로 든 판례 및 국가실행 등은 오히려 제3국에 의무를 부과하는 조약의 가능성을 긍정한다. 주석은 국제적 처분이 조약의 상대효 원칙의 예외로 종종 여겨진다고 설명할 뿐, 이를 부정하지는 않았다. 또한 조약의 대상과 목적을 저해하지 않을 제3국의 도덕적 책무 개념도 인정했다. 이는 이후 1969년 비엔나 조약법협약 기초 과정에서 객관적 체제

91) Ibid, p. 922.

92) Q. Wright, 'Conflicts between International Law and Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 11 (1917), p. 573.

93) *Case of the Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, Advisory Opinion of 8 December 1927, Dissenting Opinion by M. Negulesco, Publications of the P.C.I.J., Series B, No. 14, p. 95.

94) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 923.

설정 조약에 관한 논의가 등장하는 실마리가 되었다.

### Ⅲ. 비엔나 조약법협약

국제연맹 시대가 끝나고 국제연합(United Nations, 이하 ‘UN’)체제가 수립되면서 국제법 법전화 작업은 한층 더 적극적으로 진행되었다. UN 헌장 제13조 1항 (a)에 따르면, UN총회는 국제법의 점진적 발달 및 법전화를 위한 연구를 발의하고 권고한다. 1947년 UN총회결의로 국제법위원회규정(Statute of the International Law Commission)이 채택되었다.<sup>95)</sup> 초창기에 국제법위원회는 UN총회에서 선출된 15명의 위원으로 구성되었다. 위원의 숫자는 점차 늘어나서 현재는 총 34명에 달한다.<sup>96)</sup> 국제법위원회의 주요 기능은 국제법의 점진적 발달과 법전화에 기여하는 것이다. 전자는 국제법상 아직 규율되지 않았거나 국가관행상 국제법이 충분히 발달하지 못한 분야에 대해 협약 초안을 준비하는 작업을 의미한다. 반면, 후자는 국가관행 및 선례와 이론 등이 충분히 발달한 분야에서 보다 구체적인 국제법 규칙의 형성 및 체계화하는 작업을 의미한다.<sup>97)</sup> 양자는 초안을 마련하는 절차에서 일정한 차이가 있다.

1949년 첫 회의에서 국제법위원회는 우선적으로 법전화가 필요한 주제 중 하나로 조약법을 꼽았다.<sup>98)</sup> 조약법의 법전화 작업을 진행하기 위해 특별보고관들이 4차례나 임명되었으며, 국제법위원회는 총 10차례의 회기에서 이 주제를 논의하였다. 위원회의 처음 의도는 ‘일반적 성격의 규칙’ 만을 제시하는 데 있었으며, 조약법 ‘협약’을 기초할 생각은 없었다.<sup>99)</sup> 그러나 1961년 위원회는 조약법에 관한 협약 초안을 만들기로 결정했다.<sup>100)</sup> 1962년부터 1964년까지 위원회는 제1회독 초안을 마련했다.

---

95) UN Doc. A/RES/174 (II).

96) UN Doc. A/RES/36/39 (1981); Statute of the International Law Commission, Article 2.

97) Statute of the International Law Commission, Article 15.

98) UN Doc. A/CN.4/1/Rev/1 (1949), pp. 51-53.

99) Yearbook of the International Law Commission, 1959, Vol. II, p. 91, para. 18.

100) Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, p. 160, para. 17.

이후 각국 정부의 의견을 수렴하여 1966년 제2회독 초안을 완성 및 채택했다. 1968년과 1969년 비엔나에서 두 차례 UN 조약법 회의가 개최되었다. 비엔나 조약법협약은 1969년 5월 22일 채택되었다.<sup>101)</sup>

비엔나 조약법협약의 여러 특별보고관들 중 조약의 상대효 원칙에 대해 가장 먼저 언급한 사람은 Lauterpacht이다. 비록 동 원칙을 독자적 조항으로 명문화한 것은 아니었지만, 초안 제1조의 주석에서 이 문제를 거론한다. 제1조에 따르면, ‘조약은 국제기구를 포함한 국가간 합의로서, 당사국 간 법적 권리 및 의무를 창설하려는 의도를 가진다.’<sup>102)</sup> 여기서 특히 주의해서 볼 표현은 조약이 ‘당사국 간’ 법적 권리 및 의무를 창설한다는 것이다. Lauterpacht 특별보고관은 조약은 원칙적으로 당사국 사이에서만 법적 권리 및 의무를 창설한다고 설명한다. 하지만 그렇다고 해서 반드시 조약의 법적 효력이 미치는 범위도 당사국으로만 제한되는 것은 아니라고 강조한다.<sup>103)</sup> 주목할 점은 Lauterpacht 특별보고관이 이러한 상대효 원칙의 대표적인 예외로서 객관적 체제 창설 조약을 들었다는 사실이다. 물론 ‘객관적 체제 창설 조약’이라는 명시적 표현을 사용한 것은 아니었지만, 그가 언급한 국제적 처분과 *Aaland Islands* 사건은 객관적 창설 조약의 가장 대표적 사례에 해당한다.

조약의 제3자효는 Fitzmaurice 특별보고관과 Waldock 특별보고관 시기에 가장 집중적으로 논의되었다. Fitzmaurice 특별보고관은 이 주제에 관해 30여개의 조항을 제안할 정도로 광범위하고 세심하게 논의했다. Waldock 특별보고관은 이를 4개 조항으로 대폭 축소하였으나, 각 조항에 대해 방대한 분량의 주석을 제시했다. 두 특별보고관은 조약의 상대효 원칙을 바라보는 입장에 있어서도 큰 차이를 보인다. Fitzmaurice 특별보고관이 상대효 원칙을 엄격히 고수하였다면, Waldock 특별보고관은 동 원칙에 대한 예외 인정에 비교적 관대하였다. 이하에서 비엔나 협약상 조약의 제3자효에 관한 모든 논의는 두 특별보고관이 제시한 초안을 비

---

101) UN Doc. A/CONF.39/26 (1969), Final Act of the United Nations Conference on the Law of Treaties.

102) Yearbook of the International Law Commission, 1953, Vol. II, p. 90.

103) Ibid, p. 98, para. 5.

교하는 데 초점이 맞춰질 것이다.

## 1. Fitzmaurice 초안

Fitzmaurice 특별보고관은 국제법위원회에서 조약과 제3국에 관한 초안을 처음으로 마련했다. 당시 이 주제에 관한 논의가 전무하였고 이론이 체계적으로 정리되어 있지 않아 법전화 작업을 하기가 상당히 어려웠다.<sup>104)</sup> 그럼에도 불구하고 Fitzmaurice 특별보고관은 조약이 상대적 효력을 갖는다는 원칙 하나는 분명하다고 강조했다.<sup>105)</sup> 물론 그렇다고 해서 예외가 전혀 인정되지 않는다는 의미는 아니다. 제3국이 조약상 의무를 부담하거나 조약 내용을 이행할 의무를 갖지 않는다고 해서, 그 조약에 관해 어떠한 의무도 가지지 않거나 그 조약이 제3국에 대해 어떠한 법적 효력도 없는 것은 아니다.<sup>106)</sup> 하지만 이는 상대효 원칙의 진정한 예외라 할 수 없고, 다만 ‘준(準) 예외’ 혹은 ‘단서’ 정도로 보아야 한다는 것이 Fitzmaurice 특별보고관의 입장이었다. 즉 조약 자체가 제3국에 권리의무를 부여할 수 없지만, 제3국에 조약 내용과 유사한 혹은 대등한 권리의무, 또는 조약과 관련된 권리의무가 발생할 수 있다는 것이다.<sup>107)</sup>

Fitzmaurice 특별보고관은 제1차 보고서에서부터 조약의 상대효 원칙을 언급할 정도로 이를 중요하게 여겼다. 제1차 보고서 초안의 제B장은 ‘조약법의 중요 원칙들’<sup>108)</sup>을 규정했는데, 이 중 제6조는 *res inter alios acta* 원칙을 담고 있었다.<sup>109)</sup> 특별보고관은 상대효 원칙을 조약법의 주요 원칙 중 하나로 여겼던 것이다. 그 이유는 제B장의 첫 조항인 제4

---

104) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 72, para. 2.

105) Ibid, p. 73, para. 3.

106) Ibid.

107) Ibid, p. 86, para. 17.

108) 여기에 포함된 조항들은 이후 조약법의 다른 부분에서 더욱 구체화된 형태로 등장한다. 그렇다면 Fitzmaurice 특별보고관은 왜 굳이 똑같은 내용을 여기에 포함시킨 것인가? 이러한 일반 원칙들은 조약법의 핵심이므로 이에 대한 언급을 후반부 작업으로 미루는 것은 바람직하지 않다는 생각에서 그렇게 한 것이다. Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, p. 118, para. 13.

109) Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, p. 108.

조에 있다. 동조는 *ex consensu advenit vinculum*, 즉 조약상 의무의 원천은 동의에 있다는 원칙을 표방한다. 제4조 1항은 동의가 존재함으로써 의무가 발생한다는 것은 법의 근본 원칙이라고 설명한다. 제4조 2항에 따르면, 의무를 발생시키기 위한 동의는 진의(眞意)의 동의여야 하며, 일정한 경우 사실관계로부터 동의를 유추해 낼 수 있다.<sup>110)</sup> Fitzmaurice 특별보고관은 동의의 중요성에 관한 조항을 ‘조약법의 주요 원칙’의 첫 번째 순서에서 다룰 정도로 이를 중시했다. 동의의 원칙에 따르면, 조약의 제3국은 그 조약에 동의를 표시한 것이 아니므로 이에 당연히 구속될 수 없다. Fitzmaurice 특별보고관은 조약의 상대효 원칙은 *ex consensu advenit vinculum* 원칙으로부터 파생된 것이라고 설명한다.<sup>111)</sup>

제1차 보고서 초안 제6조의 내용을 자세히 살펴보면 흥미로운 사실을 발견할 수 있다. 제6조 1문은 분명히 ‘조약은 당사국에 대해서만 권리, 의무, 또는 관계를 창설한다’라고 규정한다. 그러나 이어 2문에서는 반드시 꼭 그런 것은 아니라는 단서가 등장한다. ‘국가는 당사국이 아닌 조약에 의해 간접적으로 권리가 부여되거나 의무가 부과될 수 있고, 또는 일정한 관계 속에 놓일 수도 있다.’ 그런데 여기에서 유의할 표현이 있다. 조약이 제3국에 대해 ‘간접적으로’ 권리의무를 발생시킬 수 있다는 것이다. 그렇다면 Fitzmaurice 특별보고관도 조약의 상대효 원칙에 예외가 존재한다고 인정한 것인가?

Fitzmaurice 특별보고관의 제5차 보고서는 제3조<sup>112)</sup>에서 조약의 상대효 원칙을 규정한다.<sup>113)</sup> 제3조 1항은 상대효 원칙의 근거를 *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* 원칙과 *res inter alios acta* 원칙, 주권평등 원칙에서 찾는다. 동조의 적용이 제4조의 준 예외 및 단서에 따른다는 규정도 두고 있다. 주목할 점은 Fitzmaurice 특별보고관이 상대효 원칙을 제3국에 대한 의무 부과의 측면에서 보고 있다는 사실이다. 동 원칙을 조약상 의무 부과에 동의가 요구된다는 일반 원칙으로 설명하려는 시도가 이

110) Ibid.

111) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 89.

112) Fitzmaurice 특별보고관은 각 보고서마다 조항 번호를 새로 매겼다.

113) Ibid, pp. 75-76.

를 잘 보여준다.<sup>114)</sup>

조약의 상대효 원칙 설명에 학자들의 이론과 국내법원 판례도 동원했던 하버드 초안과 달리, Fitzmaurice 초안은 국제 판례 소개에 더 큰 비중을 두고 있다. 우선 소개된 *German Interests in Polish Upper Silesia* 사건에서는 폴란드 국내법에 따른 상부 실레지아에서의 정부 수용 조치가 베르사유 조약 및 독일인 이익 보호에 관한 제네바 협약 위반인지 문제되었다. 상부 실레지아는 독일이 제1차 세계대전에서 패한 후 폴란드로 할양된 지역이었다.

폴란드는 문제된 자국법이 베르사유 조약 및 기타 법적 문서들로부터 도출된 권리를 이행하는 것일 뿐이라고 항변했다.<sup>115)</sup> 폴란드는 기타 관련 법적 문서로서 1918년 11월 11일자 정전 협정과 1918년 12월 1일 스파 의정서(Protocol of Spa)를 원용했다. 그러나 폴란드는 당시 독일의 교전국으로 인정되지 않았으므로 정전 협정과 스파 의정서의 당사국이 아니었으며, 추후 가입이 묵시된 것도 아니었다. 평화 협상 및 협정 체결 시 연합국과 독일이 폴란드를 법적으로 승인한 것이 묵시적 가입에 해당한다는 견해도 제기되었다. 그러나 PCIJ는 폴란드가 여전히 비당사국이라고 하면서, 조약은 당사국 간에만 법적 관계를 창설하며, 조약상 제3국을 위한 권리가 당연 추정될 수 없다고 판시했다.<sup>116)</sup> Fitzmaurice 특별 보고관은 이러한 판결이 조약의 상대효 원칙을 확인한 것이라고 설명하지만<sup>117)</sup> 다르게 보는 견해도 있다.<sup>118)</sup>

*Free Zones of Upper Savoy and District of Gex* 사건에서는 베르사유 조약 제435조 2항이 프랑스와 스위스 간 자유지대 관련 조항들을 모두

---

114) Ibid, p. 84, para. 10.

115) 폴란드는 조약의 제3국으로서 향유하는 혜택을 주장한 것이 아니며, 조약을 이행할 법적 권리를 주장했다. Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 19, para. 4.

116) *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment of 25 May 1926, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 7, pp. 28-29.

117) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 85, para. 11.

118) 국제법위원회의 Lachs 위원은 PCIJ가 문제된 정전 협정 및 스파 의정서를 원당사국 외 국가의 가입에 개방되지 않은 조약으로 해석했다고 보았다. 즉 폴란드의 묵시적 가입이 부정된 것은 조약의 상대효 원칙이 아니라 해당 조약의 성격 때문이라는 것이다. Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 64, para. 48.



폐기시켰는지 문제되었다. PCIJ는 제435조 2항에서 사용된 표현을 구체적으로 검토한 후 이를 부정했다. 만약 그렇지 않다고 하더라도, 베르사유 조약 제435조는 비당사국인 스위스를 원칙적으로 구속하지 않으며, 스위스가 수락한 범위 내에서만 구속력을 가진다고 판단했다.<sup>119)</sup>

반면 어떤 조약(A)의 당사국이 아닌 국가라도 다른 조약(B)상 의무를 수락함으로써 그 조약(A)에 구속될 수 있다.<sup>120)</sup> *Treatment of Polish Nationals in Danzig* 사건에서는 1919년 베르사유 조약이 비당사국인 단치히 자유시에 대해 구속력이 있는지가 문제되었다. 단치히 자유시는 베르사유 조약에 의해 독일로부터 일정한 영토를 할양받아 수립되었다.<sup>121)</sup> 1920년 10월 27일 연합국들은 ‘단치히 시를 자유시로 수립하는 결정 (Decision constituting the City of Danzig as a Free City)’에 서명했고, 단치히 자유시는 같은 해 11월 9일 서명했다.<sup>122)</sup> 한편, 베르사유 조약 제104조는 연합국에게 폴란드 정부와 단치히 자유시 간 일정한 내용을 포함한 조약 체결 협상을 진행하도록 했다. 폴란드와 단치히 자유시는 1920년 11월 9일 및 1921년 10월 24일 두 차례 조약을 체결했다. PCIJ는 단치히 자유시의 이러한 조약 체결 행위를 베르사유 조약 제104조를 수락한 것으로 해석했다.<sup>123)</sup>

상대효 원칙은 조약이 제3국의 기존 권리를 자의로 박탈할 수 없음을 의미하기도 한다.<sup>124)</sup> 대표적 사례로 *Island of Palmas* 사건을 들 수 있다. 미국은 1898년 미국-스페인 전쟁 후 체결된 파리조약을 통해 팔마스 섬이 스페인에서 미국으로 할양되었다고 주장했다. 문제는 파리조약 체결 및 발효 당시 스페인이 과연 팔마스 섬의 영유권을 가졌는지 여부였다. Max Huber 단독 중재관은 어떤 경우에도 파리조약이 제3국의 동의 없이

119) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 141.

120) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 85, para. 12.

121) See Versailles Treaty of 28 June 1919, Part III, Section XI.

122) *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion of 4 February 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 12.

123) Ibid, p. 30.

124) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 86, para. 13.

그 권리를 처분하는 것으로 해석되어서는 안 된다고 보았다.<sup>125)</sup>

문제된 파리조약 제3조는 ‘스페인은 미국에게 필리핀 군도를 할양한다’라고 규정하면서, 필리핀 군도의 지리적 범위를 구체적으로 규정했다. 동조는 마치 당시에 스페인이 필리핀 군도를 영유하고 있었던 것처럼 표현한다. 미국은 이듬해인 1899년 네덜란드에 조약 체결 사실을 통보했고, 네덜란드는 제3조상 필리핀 군도의 지리적 범위에 대해 이의를 제기하지 않았다. 통보된 조약 내용에 대해 제3국이 침묵했다고 해서 그 국가의 기존 권리 침해를 묵인한 것으로 볼 수 있는가?<sup>126)</sup> Huber 중재관은 침해되는 제3국 권리의 성질에 따라 달라진다는 입장이었다. 이 사건에서 제3국인 네덜란드가 침해받는 권리는 영토주권이므로 네덜란드의 침묵이 묵인으로 해석될 수 없다고 판단했다.<sup>127)</sup> 비록 네덜란드의 권원이 불완전하더라도 타국간 체결된 조약에 의해 변경될 수 없으며, 네덜란드의 권원 확립 행위가 이러한 조약에 의해 위법한 것으로 간주될 수 없다고 Huber 재판관은 덧붙였다.<sup>128)</sup>

이 밖에도 *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* 사건과 *Pablo Najera* 사건이 원용되었다.<sup>129)</sup> 이 두 사건은 하버드 초안 부분에서 이미 살펴보았다. Fitzmaurice 특별보고관은 하버드 초안과 동일하게 이를 상대효 원칙을 확인한 판례로 인용하였으므로 자세한 분석은 생략한다.

---

125) *Island of Palmas Case (Netherlands, USA)*, 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 842.

126) 문제의 조약이 발효하기 전 이해관계를 갖는 모든 국가 및 국제기구에 조약 내용을 통보했고 아무도 반대 의사를 밝히지 않았다면 조약 내용이 일반적으로 수락된 것으로 보는 견해도 있다. K-G. Lee, *The Law of State Succession in the Post-Decolonisation Period with Special Reference to Germany and the Former Soviet Union*, University of Cambridge Ph.D. dissertation (1998), p. 91. Cf 하버드 초안 주석은 이 경우 조약의 대상과 목적을 저해하지 않을 도덕적 책무가 제3국에게 발생한다고 설명한다. ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 922.

127) Ibid, p. 843.

128) Ibid, p. 870.

129) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 85, para. 113; p. 86, para. 14.

Fitzmaurice 초안은 특이하게도 조약의 상대효 원칙이 조약 당사국 간 권리의무에 어떠한 영향도 미치지 않는다고 제3조 2항에서 명문으로 규정한다. 제6조와 제7조에서는 각각 제3국 의무 부과와 권리 부여 시 조약 당사국이 갖는 권리의무에 대해 규정하고 있다.

## 2. Waldock 초안

### (1) 초안 제61조

Fitzmaurice 특별보고관이 사임한 후 Waldock 경이 특별보고관으로 임명되었다. 동시에 국제법위원회는 조약에 관한 원칙 정도만 제시한다는 입장을 바꾸어 조약법에 관한 협약을 기초하기로 결정했다. 조약법 분야의 마지막 특별보고관이었던 Waldock 경이 제시한 조약법 초안과 주석은 최종 협약에 상당 부분 반영되었다. Waldock 특별보고관의 작업 내용을 정확히 파악하는 것은 최종 조약법협약을 이해하는 데 중요하다.

Waldock 특별보고관은 제3차 보고서에서 조약과 제3국 문제를 다루었다. 제3차 보고서는 전체 초안의 세 번째 부분인 ‘조약의 적용·효력·개정·해석’에 해당한다. 이는 다시 ‘조약의 적용·효력’, ‘조약의 개정·변경’, ‘조약의 해석’의 세 부분으로 나누어진다. 조약과 제3국은 이 중 첫 번째 파트에 포함된다. ‘조약의 적용·효력’에서 ‘효력(effects)’이란 조약의 효력 여부가 아닌 효력 범위를 뜻하는 표현임에 유의해야 한다.

Waldock 특별보고관은 보고서의 서두에서 자신의 초안이 조약과 제3국의 모든 문제를 다루고 있는 것이 아니라고 밝혔다. 당시 국제법위원회에서는 조약법 이외에도 국가승계에 관한 법전화 작업이 진행되고 있었다.<sup>130)</sup> 조약의 국가승계 논의는 조약과 제3국 문제와 일부 겹치는 측

---

130) 당시 프로젝트 명은 ‘국가 및 정부 승계(Succession of States and Governments)’였다. 자세한 내용은 다음을 참고. Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, pp. 101-151; Yearbook of the International Law Commission, 1963, Vol. II, pp. 95-150.

면이 있었다. 승계국에게 어느 정도의 범위까지 조약 승계가 인정될 것인지, 즉 *pacta tertiis* 원칙의 예외가 인정될 것인지는 국가승계 논의의 핵심이다. 따라서 Waldock 특별보고관은 자신의 보고서에서 승계국에 관한 내용은 제외했다고 밝혔다.<sup>131)</sup>

Waldock 초안에서 조약의 상대효 원칙은 제61조에서 규정한다. 조약이 원칙적으로는 당사국 간에만 적용되며, 비당사국에게 권리의무를 발생시킬 수 없다는 기본적 내용은 이상에서 살펴본 다른 초안들과 같다. 그러나 제61조에서 사용된 표현들은 Waldock 특별보고관의 제3자적 조약에 대한 입장을 잘 드러낸다.

제61조 1항은 ‘제62조 및 제63조에서 규정한 경우를 제외하면, 조약은 오직 당사국 사이에만 적용된다’ 라고 규정한다. 제62조와 제63조를 ‘제외(except)’한다는 것은 곧 이 두 조항의 내용을 상대효 원칙의 예외로 본다는 것을 의미한다. 이와 대조적으로 Fitzmaurice 특별보고관은 상대효 원칙을 규정한 제3조에서 동조의 예외에 대해 전혀 언급하지 않았다. 제3조만 본다면 마치 상대효 원칙의 예외가 전혀 존재하지 않는 것처럼 읽힌다. 반면, Waldock 특별보고관의 제61조는 제62조와 제63조라는 예외의 존재를 분명히 밝히면서 시작한다.

제61조에서 사용된 ‘제외(except)’라는 표현 자체도 상당히 흥미롭다. Fitzmaurice 특별보고관은 상대효 원칙을 규정한 제3조에 이어 제4조에서 동 원칙의 ‘준예외(quasi-exceptions)’ 또는 ‘제한(qualifications)’에 대해 다룬다. 제4조 1항에 와서야 그는 상대효 원칙이 온전히 적용될 수 없는 예외적 상황이 존재할 수 있다고 밝힌다. 그럼에도 상대효 원칙이 그 자체로서 ‘절대적이며 어떠한 진정한 예외도 인정될 수 없는’ 것임을 누차 강조한다.<sup>132)</sup> 반면, Waldock 특별보고관은 상대효 원칙의 예외가 분명히 존재한다는 입장을 ‘제외(except)’라는 단순한 표현으로 축약해서 보여준다. 제62조에 대한 주석에서는 다음과 같이 설명한다. ‘현대국제법상 *pacta tertiis* 원칙에 대해 예외가 인정된다는 것은 상당한 근

131) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 7, para. 6.

132) See e.g. Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 86, para. 17.

거가 있는 말이다.’<sup>133)</sup>

Fitzmaurice 특별보고관이 상대효 원칙의 절대성을 고수한 반면, Waldock 특별보고관은 동 원칙은 절대적인 것이 아니며 예외가 분명히 존재한다고 보았다. 조약의 적용 범위가 제3국으로 확장될 가능성을 Fitzmaurice 특별보고관에 비해 더 적극적으로 인정한 것이다. Waldock 특별보고관이 상대효 원칙에 대한 예외의 가장 극단적 형태인 객관적 체제 설정 조약을 인정한 것도 이러한 맥락에서 이해해야 한다.

제61조 1항의 또다른 중요한 특징은 제3국에게 발생하는 권리와 의무를 이분법적으로 나누어서 다뤘다는 데 있다. 이에 따르면, 조약은 ‘(a) 조약 비당사국에 대해 어떠한 법적 의무를 부과하거나 그 법적 권리를 어떤 방식으로든 변경하지 아니하며’, ‘(b) 조약 비당사국에 대해 어떠한 법적 권리도 부여하지 않는다.’ 즉 (a)호와 (b)호에서 제3국 의무 부과와 권리 부여를 별도로 규정하고 있다. 양자의 구분은 제62조에서도 계속해서 등장한다. 권리와 의무에 대한 이분법적 접근은 Fitzmaurice 초안과 비교했을 때 더욱 극명하게 드러난다.

조약의 상대효에 관한 Fitzmaurice 초안 제3조 1항은 다음과 같이 규정한다. 비당사국은 ‘(a) 조약상 의무를 부담하거나 권리를 향유할 수 없으며’, (b) 어떠한 책임도 부담하지 않으며, 어떠한 불이익 또는 손해를 입지 않으며, 권리의 어떠한 축소 또는 박탈도 겪지 않으며, 또한 조약상 어떠한 권리능력, 이익, 혜택, 편의를 청구할 권리도 인정되지 않는다.’ 여기서 (a)와 (b)는 권리와 의무가 아닌 법적 권리의무와 기타 법적 불이익·이익으로 구분된다. 물론 다른 조항들에서는 권리와 의무를 구분하고 있지만, Fitzmaurice 특별보고관은 이러한 구분법에 호의적이지 않았다. 그에 따르면, 전통적으로 양자가 구분되어 왔으며 개념 이해에 도움이 될 수도 있겠지만, 이는 중요한 것이 아니다. 그는 이후의 작업에서는 양자를 가능한 한 함께 다룰 것이라고 했다.<sup>134)</sup> 오히려 제3국이 겪는 이익과 불이익에 단계적 차이가 있다는 점을 강조하면서 단계별로 논의를 달리 해야 한다고 주장했다.<sup>135)</sup>

133) Ibid, p. 20, para. 1.

134) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 74, fn. 7.

반면, Waldock 특별보고관은 전통적이며 단순한 구분법을 택했다. 이러한 입장은 최종 조약법협약으로 이어졌다. 비엔나 조약법협약 제35조와 제36조는 각각 제3국에 의무를 부과하는 조약과 권리를 부여하는 조약에 대해 규정한다. Waldock 초안 제61조 1항에 대한 주석 역시 제3국 권리의 의무 문제를 구분하여 이분법적으로 다룬다. 동 조항은 우선 제3국에 의무를 부과할 수 없다는 원칙을 소개하고 이를 반영한 국제 판례로서 *Island of Palmas* 사건, *Free Zones* 사건, *River Oder Commission* 사건, *Eastern Carelia* 사건, *Aerial Incident* 사건 등을 인용한다. ICJ 판례인 *Aerial Incident* 외에는 이상에서 모두 살펴보았으므로, 여기에서는 이 사건만 분석하기로 한다.

1955년 7월 27일, 이스라엘의 민간 항공기인 4X-AKC는 사전 허가 없이 불가리아 상공을 지나다가 불가리아 군용기에 의해 격추되었다. 이 사고로 승무원 전원과 탑승객 51명이 사망했다. 양국 정부는 외교적 교섭을 시도했으나 만족스러운 합의에 도달하지 못했다. 1957년 10월 16일 이스라엘 정부는 ICJ에 이 사건을 회부했다. 이스라엘 정부는 불가리아 정부가 이 사고에 대해 국제적 책임을 가진다고 하면서 손해배상을 요구했다.<sup>136)</sup>

불가리아 정부는 이에 5가지 선결적 항변을 제기했다. 이 중 첫 번째와 두 번째 항변의 내용만 살펴보면 다음과 같다. 불가리아 왕국은 1921년 PCIJ의 강제적 관할권을 수락한 바 있었다. 불가리아 왕국을 대체한 불가리아 인민공화국은 1955년 12월 14일 ICJ규정에 가입했다. 불가리아 정부는 사건 발생 당시인 1955년 7월 27일은 불가리아가 ICJ규정에 가입하기 전이므로, ICJ규정 제36조 5항에 따른 강제관할권이 발생할 수 없다고 주장했다.<sup>137)</sup>

ICJ는 불가리아 왕국의 1921년 수락 선언에 ICJ규정 제36조 5항이 적용될 수 있는지를 검토했다. 재판부에 따르면, UN헌장의 원당사국들에

135) Ibid, p. 74, para. 6.

136) *Case concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (Israel v. Bulgaria)*, Preliminary Objections, Judgment of May 26th, 1959: I.C.J. Reports 1959, pp. 129-130.

137) Ibid, pp. 132-133.

대해 제36조 5항의 목적은 PCIJ 시절에 한 강제관할권 수락 선언의 법적 효력을 지속시키는 데 있었다. 반면, 불가리아 등 UN헌장의 원당사국이 아닌 국가에 대해서는 이렇게 해석될 수 없다고 보았다. ICJ규정 채택 당시 당사국과 비당사국 사이에는 본질적 차이가 존재했다. 샌프란시스코 회의에 참가한 국가들은 모두 자국의 기존 강제관할권 수락 선언이 ICJ규정 제36조 5항에 따라 향후 자국에 대해 어떻게 작용될지 잘 알고 있었다. 원당사국들만 동 규정에 동의를 표시했기 때문에, 비당사국에 대해서는 동 규정이 어떠한 법적 효력도 갖지 못했다. PCIJ의 해산으로 비당사국의 PCIJ 강제관할권 수락 선언이 실효되는 것을 ICJ규정 제36조 5항이 막지 못했다는 의미이다.<sup>138)</sup> Waldock 특별보고관은 UN헌장의 핵심을 이루는 ICJ규정 제36조 5항도 조약의 상대효 원칙의 적용을 피해가지 못했다고 이 판결을 설명한다.<sup>139)</sup>

조약 당사국들이 마음대로 제3국에 권리를 부여하지 못한다는 사실 역시 여러 국제 판례에서 확인된다. 대표적 사례인 *German Interests in Polish Upper Silesia* 사건과 *Pablo Nájera* 사건에 대해서는 앞에서 이미 살펴본 바 있다. Waldock 특별보고관은 이 외에도 *Clipperton Island* 중재판정과 *Forêts du Rhodope Central* 중재판정을 원용했다. 이하에서는 이 두 사건에 대해 살펴보도록 한다.

*Clipperton Island* 사건에서는 프랑스와 멕시코 중 누구에게 Clipperton 섬의 영유권이 귀속되는지가 핵심 쟁점이었다. 중재를 맡았던 이탈리아 국왕 빅토르 에마누엘 3세는 멕시코의 영유권 주장을 배척했다. 조약의 상대효 원칙은 판정 이유의 중요 부분은 아니었고 멕시코가 프랑스에 대해 1885년 베를린 조약 준수를 요구할 수 있는지와 관련해 잠시 언급되었다. 중재관은 멕시코가 베를린 조약의 당사국이 아니므로 멕시코와 프랑스 사이에서 아무런 의미도 갖지 않는다고 판단했다.<sup>140)</sup>

*Forêts du Rhodope Central* 사건은 불가리아 정부가 그리스 국민의 로

138) Ibid, pp. 136-138.

139) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 18, para. 3.

140) *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, 28 janvier 1931, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 1110

도피 산맥 내 중앙 삼림 지역 이용권을 불인정함으로써 발생했다. 문제된 지역은 불가리아가 1913년 콘스탄티노플 조약<sup>141)</sup>에 의해 오스만 투르크 제국으로부터 할양받은 곳이었다. 일부 그리스 국민들은 오스만 제국 시절 대가를 지불하고 삼림 이용권을 획득했고 장기간 권리를 행사해 왔다. 그러나 불가리아 정부가 이 지역을 영유하게 되면서 그러한 이용권은 더 이상 인정되지 않았다. 1930년 7월 15일, 그리스는 1919년 뇌이쉬르센 조약(Treaty of Neuilly) 제181조 위반을 주장하며 국제연맹에 중재관 임명을 요청했다. 제181조에 의하면 동 조약에 따른 영토 할양은 1913년 콘스탄티노플 조약에서 언급된 개인의 법적 권리에 영향을 미치지 않는다.

로도피 지역과 관련된 개인의 권리를 계속 존중해야 한다는 내용은 1913년 콘스탄티노플 조약상 규정되어 있었다. 그리스는 동 조약의 당사국이 아니라 이를 직접적으로 원용할 수 없었기에 1919년 뇌이쉬르센 조약 위반을 주장한 것이다. 중재관은 그리스가 콘스탄티노플 조약 위반을 주장할 수 있다고 하면서 그 이유를 다음과 같이 설명했다. ‘뇌이쉬르센 조약이 발효하기 전에 그리스는 콘스탄티노플 조약의 비당사국이므로 이를 원용할 법적 근거가 없었다. 그러나 뇌이쉬르센 조약 제181조는 그러한 법적 근거를 마련했다.’<sup>142)</sup> 이에 따르면, 국가는 자신이 당사국이 아닌 조약을 별다른 법적 근거 없이 곧바로 원용할 수 없다.

## (2) 국제법위원회 회의

Fitzmaurice 특별보고관의 제4차 및 제5차 보고서는 국제법위원회에서 별도로 검토되지 못했다. 반면 Waldock 특별보고관의 제3차 보고서는 비교적 충실히 논의되었다. 조약의 상대효 원칙을 규정한 Waldock 초안 제61조는 1964년 5월 28일 국제법위원회 제733차 회의에서 다뤄졌다. 조약의 상대효 원칙 자체에 대해 거부감을 표현하는 위원은 없었다. 그러나

141) 1913 Treaty of Peace between Bulgaria and Turkey.

142) *Affaire des forêts du Rhodope central (fond) (Grèce contre Bulgarie)*, 29 mars 1933, Reports of International Arbitral Awards, Vol. III, p. 1417



동 원칙이 어떤 근거로 인정되는지에 대해서는 견해 대립이 있었다. 이 논의를 가장 먼저 제기한 Lachs 위원은 조약의 상대효 원칙이 국가 주권 및 독립에서 비롯되므로 관습이 아닌 국제법 원칙에 근거한다고 주장했다.<sup>143)</sup> Yasseen 위원도 이 점에 동의했다.<sup>144)</sup> 반면, Ago 위원은 상대효 원칙이 국가 주권의 필연적 결과라기보다는 법주체 간 계약적 관계의 성질상 인정되는 것이라고 보았다.<sup>145)</sup> 조약의 상대효 원칙이 특수한 국제법 원칙이 아니며 국내법에서 오랫동안 적용되어 온 계약의 상대적 효력 원칙의 연장선상에서 이해되어야 한다는 것이다. Rosenne 위원<sup>146)</sup>과 Bartos 위원<sup>147)</sup>은 이에 반대했다. 결국 위원회에서는 조약의 상대효 원칙이 국제법의 고유한 원칙인지 국내법의 유추 적용인지에 대해 결론에 도달하지 못했다. 몇몇 위원들은 제61조에서 상대효 원칙의 법적 근거에 대해 굳이 언급할 필요가 없다는 입장을 내비치기도 했다.<sup>148)</sup>

주목할 점은 위원들이 상대효 원칙의 절대성을 고집하지 않았다는 사실이다. 오히려 동 원칙의 예외가 존재함을 적극 인정했다. Castrén 위원은 제61조의 주석이 상대효 원칙의 예외로서 UN헌장의 몇몇 조항들을 언급해야 한다고 주장했다. 이러한 조항들은 모든 국가에 일반적으로 적용되며, UN의 비회원국이라도 UN의 평화 및 안정의 원칙을 완전히 무시하기는 어렵다는 이유에서였다.<sup>149)</sup> De Aréchaga 위원도 이에 동의하면서, 제61조의 주석에서 적어도 UN헌장 제2조 6항이 언급되어야 한다고 보았다. 조약 규정이 원당사국이 아닌 국가들에 대해서도 효력이 확장되는 대표적 사례라는 이유에서였다.<sup>150)</sup> 제2조 6항에 따르면 UN은 국제평화와 안전 유지에 필요한 한 비회원국의 동 원칙 준수를 확보해야 한다.

1969년 비엔나 조약법협약 제34조는 Fitzmaurice 초안 및 Waldock 초

---

143) 733rd Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 64, para. 47.

144) Ibid, paras. 49, 53.

145) Ibid, para. 51.

146) Ibid, p. 65, para. 58.

147) Ibid, para. 66.

148) Yasseen 위원, *ibid*, p. 64, para. 53; Elias 위원, *ibid*, para. 54.

149) Ibid, p. 65, para. 60.

150) Ibid, para. 62.

안에 비해 훨씬 간결한 문언으로 상대효 원칙을 규정한다. ‘조약은 제3국에 대하여 그 동의 없이 권리 또는 의무를 창설하지 아니한다.’ 제34조의 제목이 ‘제3국에 관한 일반 규칙’이라는 사실도 주목할 필요가 있다. Fitzmaurice 초안에서 해당 조항의 제목은 ‘*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*’ 였고, Waldock 초안에서는 ‘조약은 제3국에 대해 의무 또는 권리를 창설하지 않는다’ 였다. 1964년 잠정 채택된 제목은 ‘조약의 효력 범위를 당사자로 제한하는 일반 원칙’ 이었다. 이러한 제목들에 비해 최종 협약 제34조의 제목은 훨씬 간결하다. 제34조의 주석에 따르면, 동조의 제목과 문언은 국제법위원회 위원들의 다양한 이론적 입장 간 균형을 확보하기 위해 최대한 중립적으로 표현되었다.<sup>151)</sup>

이로부터 유추할 수 있는 중요한 점은 모든 위원들이 다음의 사실에 대해서는 견해의 일치를 보고 있었다는 것이다. 즉 조약의 상대효 원칙은 더 이상 엄격히 적용되지 않는다. 이전 초안들에서 제34조에 해당하는 조항의 제목들은 모두 어떤 형태로든 ‘조약의 상대효 원칙’이라는 내용을 담고 있었다. 그러나 최종 협약 제34조의 제목은 처음으로 ‘조약의 상대효 원칙’ 및 이와 유사한 표현을 배제하고 있다. 단지 ‘제3국에 관한 일반 규칙’ 이라고만 표현한다.

제34조의 내용 역시 외견상 단순해 보이나 상당히 복잡한 의미를 내포한다. ‘조약은 제3국에 대하여 그 동의 없이 권리 또는 의무를 창설하지 아니한다’ 는 것은 역으로 제3국의 동의가 있는 경우 제3국에 권리의무를 창설할 수 있음을 의미한다. 이 문언만 봐서는 조약의 상대효 원칙이 과연 조약과 제3국에 적용되는 기본 원칙(default rule)인지 판단할 수 없다. 이는 다음 두 가지로 해석될 수 있다. 첫째, 조약은 원칙적으로 제3국에 대해 권리 또는 의무를 창설할 수 없으나, 예외적으로 제3국의 동의가 있는 경우 가능하다. 둘째, 조약은 원칙적으로 제3국에 대해 권리 또는 의무를 창설할 수 있으며, 다만 제3국의 동의가 필수적이다. 위에서 살펴보았듯이 제34조는 의도적으로 모호한 표현을 사용하고 있다. 그러나 한 가지 사실은 분명하다. 제34조는 조약의 상대효 원칙이 더 이상

---

151) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 227, para. 5.

절대적으로 적용되지 않는 현대 국제사회의 현실을 반영한다.

## 제 2 절 상대효 원칙의 예외

### I. 제3국의 의미

제1절에서는 조약의 상대효 원칙에 대해 살펴보았다. 특히 상대효 원칙에 대해 예외가 인정될 수 있는지 여부에 논의의 초점을 맞추었다. 이번 절에서는 상대효 원칙의 예외에 구체적으로 어떤 내용들이 포함되는지를 살펴보기로 한다. 본격적 논의에 앞서, 조약의 제3자란 정확히 누구를 지칭하는지 짚고 넘어갈 필요가 있다. 간단히 말해서 이는 조약의 당사국이 아닌 자를 의미한다. 그러나 같은 비당사자라도 여러 가지 유형이 존재한다. 이하에서는 조약 비당사자의 여러 유형을 살펴보고, 각각의 유형에 따라 다르게 취급되어야 할 필요가 있는지 검토한다.

우선, 조약의 제3자에는 국가뿐만 아니라 비국가행위자, 즉 국제기구와 개인도 포함될 수 있다. 1986년 ‘국가와 국제기구 간, 또는 국제기구 간 체결된 조약에 관한 법’은 국제기구도 조약의 제3자가 될 수 있음을 전제로, 1969년 비엔나 조약법협약상 조약의 제3국에 관한 내용을 국제기구의 경우에도 그대로 적용한다. 다만 국제기구가 조약의 제3자가 된다는 것은 국가의 경우와 달리 몇 가지 복잡한 쟁점을 내포한다. 우선, 국제기구가 주최한 국제회의에서 국가들이 채택한 조약에 국제기구 자신은 가입하지 않음으로써 제3자가 될 수도 있다. 국제기구의 모든 회원국들이 가입한 조약에 해당 기구는 가입하지 않은 경우도 있을 수 있다. 이 때 해당 국제기구를 실질적인 조약 당사자로 보아야 하는지의 문제가 제기된다. 또한 조약의 제3자란 국제법 주체임을 당연 전제하는 개념인데, 모든 국제기구에 국제법 주체성이 인정되는 것은 아니므로 이와 관련해서 문제가 발생할 수 있다.

개인 역시 조약의 제3자가 될 수 있다.<sup>152)</sup> 현대국제법상 개인은 특수

한 경우에 있어서는 국제법 주체성을 점차 인정받고 있는 추세이다. 인권법, 인도법, 국제투자법 및 국제형사법 분야에서는 개인에게 국제법상 일정한 권리의무가 직접 인정된다. 조약법협약 기초 당시 Fitzmaurice 특별보고관<sup>153)</sup>과 Waldock 특별보고관<sup>154)</sup>은 조약상 권리의무가 개인에 직접 부여될 수 있음을 인정했다. 다만 개인은 국제법 주체로서 조약의 제3자가 될 수도 있고, 국제법 객체로서 조약의 대상에 불과할 수도 있다. 전자의 경우 개인은 국제재판소에서 자신에게 부여된 권리를 직접 원용하거나 의무를 직접 다룰 수 있으며, 후자의 경우에는 그럴 수 없다.

이처럼 국제기구와 개인이 조약의 제3자로서 일정한 권리의무를 가진다고 하려면 국제법 주체성 등 여러 추가적 쟁점의 검토가 요구된다. 본 논문에서는 조약의 제3자로서 국가의 경우만 살펴보고자 한다. 본 논문에서 주로 검토할 자료인 1935년 하버드 조약법 초안과 1969년 비엔나 조약법협약도 기본적으로 국가의 경우만 염두에 두고 기초되었다.

조약의 제3국은 분류 기준에 따라 여러 가지 유형으로 세분화된다. Fitzmaurice 특별보고관은 이를 조약과 제3국의 관계 문제로 본다. 즉, 조약의 제3국은 ‘조약의 당사국이 아닌 국가’로 단순하게 정의될 수 있지만, 모든 제3국이 조약과 동일한 관계에 놓인 것은 아니다. 물론 제3국이 조약과의 관계에 따라 법적으로 다른 대우를 받는 것은 아니지만, 이러한 관계를 살펴보는 것은 충분히 의미 있는 일이다.<sup>155)</sup>

특별보고관은 제3국의 분류 기준을 다음 세 가지로 제시한다.<sup>156)</sup> 첫째,

152) See C. Chinkin, *Third Parties in International Law* (New York: Clarendon Press, 1993), pp. 13-15, 120-133; I. Plakokefalos, 'Treaties and Individuals: Of Beneficiaries, Duty-bearers, Users, and Participants', in C. Tams *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014), pp. 625-653. Chinkin의 저서에는 국제인권법, 국제형사법, 국제투자법 등의 국제법의 최근 동향이 제대로 반영되어 있지 못하며, 개인이 국제법 주체로 인정되지 않는다는 전제 하에 논의를 진행한다. 이와 대조적으로 Plakokefalos의 논의는 개인이 국제법 주체로 일부 인정될 수 있다는 전제 하에 논의를 전개하며 최근 동향들도 더 잘 반영하고 있다.

153) Yearbook of the International Law Commission, 1959, Vol. II, pp. 49, 78-79.

154) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, Draft Article 66, pp. 45-47.

155) Commentary to Article 1, Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 83, para. 2.

제3국이 당사자가 될 권리를 조약상 규정하고 있는가? 조약상 명문으로 규정된 경우, 제3국은 비준 또는 가입을 통해 비교적 손쉽게 당사국이 될 수 있다. 명문의 규정이 없다면, 제3국은 조약의 모든 당사국과 당사국이 될 권리를 가진 국가들에 의해 특별히 가입을 권유받는 경우에만 당사국이 될 수 있다.<sup>157)</sup>

둘째, 조약의 협상 및 체결에 참여한 적이 있는가? 이는 다음 세 번째 기준과 별로 큰 차이가 없으므로 이하에서 함께 논하기로 한다.

셋째, 조약의 협상 및 체결과 전혀 관련되지 않았는가? 이는 가장 분명한 구분 기준이다. 조금이라도 관련된 국가들로는 ① 조약의 협상 과정에 참여했으나 서명은 하지 않은 국가, ② 서명했으나 비준은 하지 않은 국가 등이 있다.

비엔나 조약법협약에 의하면, 조약이 발효하기 위해서는 교섭, 조약문의 채택, 조약에 대한 국가의 기속적 동의 표시 등을 거쳐야 한다. 또한 최소 당사국 숫자 등 조약이 발효되기 위해 조약상 요구되는 다른 조건이 있다면 이 역시 충족되어야 한다. 조약법협약 제2조 1항은 각 단계별로 국가들을 구분한다. 조약문의 작성 및 채택에 참여한 국가는 ‘교섭국’이고, 조약에 대해 기속적 동의를 부여한 국가는 ‘체약국’이다. 조약의 ‘당사국’은 조약에 기속적 동의를 부여했을 뿐만 아니라, 해당 조약이 그 국가에 대해 발효한 국가를 뜻한다. 그리고 ‘조약의 제3국’은 조약의 ‘당사국’이 아닌 국가를 의미한다.<sup>158)</sup> 비록 교섭국이나 체약국이더라도 해당 조약이 그 국가에 대해 발효하지 않았다면 모두 ‘조약의 제3국’인 것이다. Fitzmaurice 특별보고관도 교섭국과 체약국이 조약을 비준하지 않은 이상 조약의 협상부터 체결까지 전혀 관련이 없는 국가와 똑같은 제3국으로 취급되어야 한다고 보았다.<sup>159)</sup> 조약의 ‘당사국’ 개념에 조약이 발효한 국가뿐 아니라 미발효 조약에 대해 모든 참

---

156) Article 1, *ibid*, p. 75.

157) Commentary to Article 1, *ibid*, p. 84, para. 4.

158) 국제법위원회는 비엔나 조약법협약 제3부 제4절 ‘조약과 제3국’ 부분에서 ‘제3국’이 그러한 의미로 통용될 것을 의도했다. Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 190, para. 13.

159) Commentary to Article 1, *ibid*, p. 83, para. 3.

가 절차를 마침으로써 구속이 추정되는 국가로 포함된다고 한 것<sup>160)</sup>도 바로 이러한 맥락에서였다.

조약 체결 과정에 조금이라도 참여했던 교섭국 또는 체약국과, 조약과 전혀 무관한 국가를 모두 똑같은 ‘제3국’으로 볼 수 있는가? 비엔나 조약법협약 제25조에 따르면, 조약 전체 또는 일부가 발효 시까지 교섭국에 대해 잠정적으로 적용될 수 있다.<sup>161)</sup> 조약이 비록 발효되진 않았으나, 교섭국이 조약에 따라 일정한 권리의무를 갖게 될 수 있으며, 조약상 의무 위반 시 국제적 책임도 발생할 수 있다.<sup>162)</sup> 이처럼 조약은 교섭국에 대해서는 일정한 범위 내에서 직접적으로 적용될 수 있다.

비엔나 조약법협약 제18조도 이를 잘 보여준다. 동조에 따르면, 교섭국과 체약국은 조약이 발효하기 전에 조약의 대상과 목적을 저해하는 행위를 삼가야 한다. 하버드 초안과 비엔나 조약법협약의 모든 특별보고관들은 동 의무가 신의칙에 근거한 것이라고 설명한다.<sup>163)</sup> Brierly 특별보고관은 이것이 도덕적 의무에 가깝다고 보았던 반면,<sup>164)</sup> Lauterpacht 특별보고관은 단순한 도덕적 의무가 아닌 법적 의무라고 보았다.<sup>165)</sup> 그 성질이 무엇이든 간에 교섭국과 체약국의 이러한 의무는 조약과 전혀 무관

---

160) Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, Article 3, pp. 107-108.

161) 국제법위원회는 2012년 ‘조약의 잠정적 적용’을 작업 목록에 포함시켰다. 특별보고관으로는 Gómez-Robledo가 임명되었다. 특별보고관은 첫 번째 보고서에서 조약의 잠정적 적용의 목적을 다음과 같이 설명했다. ‘잠정적 적용의 목적은 조약의 실제적 조항 중 전체 또는 일부가 발효에 필요한 형식적 요건 충족을 기다리지 않고 즉각적으로 효력을 갖게 하는 것이다.’ UN Doc. A/CN.4/664 (2013), p. 6.

162) See ‘Second Report on the Provisional Application of Treaties’, UN Doc. A/CN.4/675 (2014), pp. 5-17.

163) 하버드 초안 제9조 (조약의 발효 전 서명국의 의무), *American Journal of International Law*, Supplement, Vol. 29 (1935), p. 658, 778-787; Brierly 특별보고관의 초안 제7조(조약의 발효 전 서명국의 의무), Yearbook of the International Law Commission, 1951, Vol. II, p. 73; Lauterpacht 특별보고관의 초안 제5조 2항 (c), Yearbook of the International Law Commission, 1953, Vol. II, pp. 91, 110; Fitzmaurice 특별보고관의 제1차 보고서 초안 제30조 1항 (c), Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II, pp. 113, 122; Waldock 특별보고관의 초안 제9조 2항 (c), Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, pp. 46-47.

164) Commentary to Article 7, Yearbook of the International Law Commission, 1951, Vol. II, p. 73.

165) Yearbook of the International Law Commission, 1953, Vol. II, p. 110, para. 4.

한 제3국에는 부과되지 않는 것이다. 교섭국과 체약국은 조약 체결에 일정한 기여를 함으로써 조약 참여 의사를 밝혔기 때문에 전혀 무관한 제3국과 달리 특별한 의무가 부과된다.

조약의 제3국은 조약 체제를 이용하려는 의사 존부에 따라 다음의 두 가지 경우로 나뉘어질 수도 있다. ① 조약에 의해 성립된 체제를 적극 활용하려는 국가, ② 성립된 조약 체제에 아무런 이해관계도 갖지 않는 국가. 후자에 비해 전자의 경우에 조약과 제3국의 관계가 더 빈번하게 문제될 것이다. 만약 앞에서 살펴본 교섭국 및 체약국이 후자의 경우에 해당한다면 문제가 더욱 복잡해진다. 조약상 의무는 부담하지 않으면서 조약이 제3국에 부여하는 반사적 이익을 누리기 위한 의도로 당사국이 되기를 거부했을 수 있기 때문이다.

## II. 제3국 의무 부과 조약

제3자적 효력을 갖는 조약은 일반적으로 제3국에 의무를 부과하는 조약과 제3국에 권리를 부여하는 조약으로 구분된다. 여기에서는 우선 전자의 경우를 살펴보기로 한다. 제3국에 의무를 부과하는 조약은 조약의 상대효 원칙에 의해 일반적으로 금지되었다. 1935년 하버드 초안은 조약의 상대효 원칙과 조약상 제3국 의무 부과 금지를 동의어로 보았다.<sup>166)</sup> 조약의 상대효 원칙에 관한 라틴어 표현들도 주로 제3자에 대한 의무 부과 금지에 초점을 맞춘다. 대표적인 예로 *res inter alios acta* (‘당사자 사이의 일은 제3자를 해하지 않는다’), *pacta tertiis non nocent* (‘합의는 제3자를 해하지 않는다’), *pacta non obligant nisi gentes inter quas initia* (‘합의는 이에 서명한 자들 이외에는 의무를 지우지 않는다’) 등이 있다. 이와 대조적으로 제3국에 의무를 부여하는 조약에는 상대효 원칙이 그렇게 엄격하게 적용되지는 않았다.

20세기 중반으로 오면서 이러한 인식이 점차 바뀌기 시작했다. 조약의

---

166) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 919.

제3국에 의무를 부과할 가능성이 점차 인정되기 시작한 것이다. 하버드 초안 제18조 (a)항이 비록 ‘조약이 비당사국에게 의무를 부과할 수 없다’고 규정했으나<sup>167)</sup>, 주석은 그 예외로서 ‘국제적 처분’이 많이 거론된다고 설명한다.<sup>168)</sup> 비엔나 조약법협약의 Fitzmaurice 특별보고관도 조약의 상대효 원칙을 강조하면서도, 이에 대한 ‘준예외 및 제한’으로서 조약이 제3국에 부정적 영향을 미칠 수 있음을 시인했다. Waldock 특별보고관의 초안과 최종 비엔나 협약에서는 명문의 조항으로 제3국에 의무를 부과하는 조약의 경우를 규정했다. 이하에서는 두 특별보고관의 초안을 비교하고, 국제법위원회에서 이루어진 논의 내용을 구체적으로 살펴볼 것이다.

## 1. Fitzmaurice 초안

### (1) 조약의 제3자적 효력

Fitzmaurice 특별보고관은 조약이 제3국에 직접 의무를 부과할 수 없다고 해서 조약이 제3국에 대해 어떠한 법적 효력도 없는 것은 아니라고 본다. 또한 조약법 이외의 다른 법적 근거로서 조약이 제3국에 직접 의무를 부과할 수도 있다고 한다. 특별보고관은 조약이 제3국에 일정한 법적 효력을 미친다는 것은 분명한 사실이며, 상대효 원칙에 대한 여러 준예외 및 제한들을 일관되게 설명할 수 있는 법리가 필요하다고 보았다.<sup>169)</sup> 그는 제5차 보고서 초안 제5조에서 이러한 법리를 구체적으로 제시했다.

제5조에 따르면 제3국의 권리의무는 크게 두 가지로 나뉜다.<sup>170)</sup> 이 구분법은 Fitzmaurice 초안의 근간을 이루는 것으로서 초안을 이해하는 데 가장 중요하다. 첫 번째, 조약상 권리의무와 ‘유사한’ 또는 ‘상응하

---

167) Ibid, p. 918.

168) Ibid, p. 922.

169) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 73, paras. 3-4.

170) Ibid, pp. 76-77.



는’ 권리의무가 제3국에 주어질 수 있다. 여기서 제3국의 동의는 적극적으로 표시될 수 있고, 간접적으로 추정될 수도 있다. 또한 ‘자동 수반(automatic entailment) 원칙’에 따라 제3국에 부과된 의무를 이행했을 때 권리가 자동적으로 부여될 수도 있고, 반대로 제3국에 부여된 권리가 일정한 의무를 자동적으로 수반할 수도 있다.

두 번째, 조약과 ‘관련되는’ 권리의무가 주어질 수 있다. 이 경우 합법적이며 유효한 국제적 행위의 존중 원칙이 적용된다. 합법적으로 체결되었으며 타국의 권리를 침해하지 않는 조약의 이행에 제3국은 부당하게 개입하거나 이를 방해하지 말아야 한다. 이러한 조약에 의해 창설된 법률관계 및 사실관계에 대해서도 마찬가지이다. 제3국은 조약의 이행에 있어 부수적으로 발생하는 불리한 결과를 용인해야 할 의무가 있으며, 부수적으로 발생하는 혜택을 향유할 권리를 가진다.

제3국에 대한 조약상 권리의무를 위와 같이 구분하는 기준은 바로 조약으로 발생하는 제3자적 효력의 성질이다(제9조 3항). Fitzmaurice 초안 제9조는 그 외에도 세 가지 구분 기준을 더 제시한다. 두 번째 기준은 조약의 제3자적 효력을 발생시키는 원칙이다(제9조 4항). 이러한 원칙에는 ① 적극적 동의의 원칙, ② 동의 추정의 원칙, ③ 자동 수반의 원칙, ④ 합법적이며 유효한 국제적 행위의 존중 원칙 등이 있다. ①, ②, ③은 제3국에 ‘조약상 권리의무와 유사한 또는 상응하는 권리의무’를 발생시키는 반면, ④는 ‘조약과 관련되는 권리의무’를 발생시킨다.

세 번째 기준은 조약의 제3자적 효력을 발생시키는 구체적 행위·절차<sup>171)</sup>이다(제9조 5항). 제3자적 효력은 ① 의무 부담자의 행위, ② 법규의 적용, ③ 국제법상 수락·승인 의무에 따른 묵시적 수락·승인, ④ 수동적 묵인 등에 의해 발생한다. ①, ②는 작위적이며 적극적 성격을 가지며, ③, ④는 부작위적, 소극적 성격을 가진다(제9조 6항).

네 번째 기준은 조약의 성질에 따른 분류이다(제9조 7항). 이는 ① 통

171) ‘법적 원칙’과 ‘법적 절차’가 서로 구분되는 것임에 유의해야 한다. 제3자적 효력을 발생시키는 법적 원칙이란 제3자적 효력을 정당화하는 법적 근거를 의미한다. 반면, 제3자적 효력을 발생시키는 법적 절차란 제3자적 효력이 완성되기 위해 거쳐야 하는 절차를 의미한다. Ibid, p. 89, para. 36; Yearbook of the International Law Commission, 1957, Vol. II, p. 43, para. 39.

상적인 양자 및 다자 조약, ② 소위 ‘입법적’ 또는 ‘규범 선언’ 조약, ③ ‘국제적 이용권자 체제’를 수립하는 조약, ④ 국제 정치적·영토적 처분 조약, 또는 처분적 성격의 조약 등으로 구분된다.

Fitzmaurice 특별보고관이 이처럼 여러 가지 구분 기준을 제시한 이유는 이 문제를 다양한 각도에서 분석해 보기 위해서였다. 이 중 어느 기준을 선택하더라도 조약의 제3자효에 관한 모든 쟁점을 다룰 수 있다.<sup>172)</sup> Fitzmaurice 초안은 이 모든 기준을 적절히 혼합해서 사용하고 있지만, 주로 사용된 것은 세 번째 기준이다(제9조 8항). Fitzmaurice 특별보고관에 따르면, 세 번째 기준은 제3국 의무 부과 조약과 권리 부여 조약을 엄격히 구분하는 전통적 견해에 기초하고 있다. 세 번째 기준은 당시 학계에서 일반적으로 사용되었으며, 동시에 제3자효에 관한 법리의 근거 및 구조를 비교적 명확히 보여준다는 장점이 있다.<sup>173)</sup> 그러나 특별보고관은 향후 첫 번째 기준에 근거하여 양자를 통합적으로 다루는 새로운 접근법을 취할 것임을 분명히 했다.<sup>174)</sup> Fitzmaurice 특별보고관은 제5차 보고서를 마지막으로 특별보고관 직을 사임하였다. 특별보고관이 언급한 새로운 접근법도 더 이상 논의되지 않았다.

특별보고관에 의하면, 조약과 제3국에 관해 다음 네 가지 문제가 제기된다.<sup>175)</sup> 첫째, 조약이 제3국에 의무를 부과할 수 있는가? 만약 그렇다면 어느 정도까지 가능한가? 둘째, 제3국이 조약과 관련하여 갖는 소극적 의무란 무엇인가? 셋째, 국제관습의 기초가 되는 조약은 어떻게 볼 것인가? 넷째, 조약상 혜택을 받는 제3국이 그 권리를 주장할 수 있는가? 제3국이 종료 및 변경에 동의하기 전까지는 계속해서 이 권리를 행사할 수 있는가? 여기에서는 앞의 두 질문만 다룰 것이다. 세 번째와 네 번째 질문은 이하에서 별도로 살펴보기로 한다.

첫 번째와 두 번째 질문에서 볼 수 있듯이, Fitzmaurice 특별보고관은 조약과 관련된 제3국의 의무에 정도의 차이가 존재한다는 점에 특히 주

172) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, pp. 89-90, para. 36.

173) Ibid, p. 90, para. 38.

174) Ibid, p. 78, fn. 10.

175) Ibid, pp. 73-74, para. 5.

목했다. 바로 이 점 때문에 조약과 제3국의 관계는 다루기 상당히 까다로운 주제이다. 제3국에 의무를 부과하려는 비교적 단순한 목적을 가진 조약도 있을 수 있지만, 이것이 전부가 아니다. 제3국에 법적 책임을 지우는 조약, 제3국에 불리한 조건을 부과하는 조약, 제3국의 권리를 박탈하거나 손상 및 처분하는 조약, 제3국에 손해를 미치도록 운영되는 조약, 부수적 결과로서 제3국이 불이익을 겪게 되는 조약 등이 있다.<sup>176)</sup>

조약이 제3국에 야기하는 불이익의 정도는 경우에 따라 달라진다. 이러한 차이를 무시하고 이들을 한꺼번에 묶어서 일률적으로 다루면 불합리한 결과가 초래될 것이다. 따라서 Fitzmaurice 특별보고관은 이를 크게 두 가지 유형으로 구분하여 별개로 다뤘다. 이 두 가지 유형은 위에서 이미 살펴본 바와 같이 ‘조약상 의무와 유사한 또는 상응하는 의무’와 ‘조약과 관련되는 의무’이다.<sup>177)</sup>

## (2) 제3자적 조약과 당사국의 관계

본격적 검토에 앞서, Fitzmaurice 초안 제6조를 간단히 살펴보고 넘어가기로 한다. Fitzmaurice 초안은 조약법에 관련된 모든 행동 수칙을 담는다는 목적<sup>178)</sup>에 충실하게 상당히 세심하게 기초되었다. 조약과 제3국의 경우도 예외가 아니었다. Fitzmaurice 특별보고관은 이 주제에 총 30개의 조항을 할애했다. 조약의 제3국 입장만 담은 것이 아니라, 제3국에 대한 조약 당사국의 입장도 포함시켰다. 제6조는 제3국에 불리한 조약, 제7조는 제3국에 유리한 조약에 대해 조약 당사국들이 갖는 권리의무를 규정한다. 이 중 제6조의 내용만 살펴보면 다음과 같다.<sup>179)</sup>

제6조 1항에 따르면, 제3국에 일정한 의무를 지우는 조약의 당사국들은 이러한 의무 이행 확보에 최선을 다해야 한다. 조약이 제3국에 불이익을 초래한다는 이유만으로 당사국들은 조약 이행을 거부할 수 없다(제

176) Ibid, p. 74, para. 6.

177) 제9조 2항 (c)호 및 (d)호 참고. Ibid, p. 78.

178) Ibid, p. 74, para. 7 참고.

179) Ibid, p. 77.

2항). 제3국에 의무를 부과하는 조약이 당연 무효는 아니며, 당사국 사이에는 계속 효력을 가진다는 것이다. 마찬가지로, 제3국이 자국에 의무를 부과하는 조항을 거부한다고 해서, 그 조항이 조약 당사국에 대한 효력이 곧바로 상실되는 것은 아니다(제3항). 제6조로부터 알 수 있는 사실은 제3국에 의무를 부과하는 조약 규정의 효력이 제3국의 의사에 전적으로 달린 것은 아니라는 점이다. 물론 조약 당사국들이 그렇게 합의했거나 제3국의 참여가 조약의 대상 및 목적에 해당한다면 이야기가 달라진다.

### (3) 제3국에 의무를 부과하는 조약

앞서 살펴보았듯이, Fitzmaurice 특별보고관은 조약에 의해 제3국에 부과되는 의무를 ‘조약상 의무, 혹은 이와 유사한 또는 상응하는 의무’와 ‘조약과 관련되는 의무’로 구분한다. 양자의 가장 핵심적인 차이는 조약의 상대효 원칙이 적용되는지 여부에 있다. Fitzmaurice 초안 제8조 2항에 따르면, 조약의 상대효 원칙은 ‘제3국이 조약상 갖는 의무, 혹은 조약에 포함된 내용과 유사한 또는 상응하는 의무’에 대해서만 적용되며, ‘조약상 갖는 의무가 아닌, 조약과 관련되는 의무’에는 적용되지 않는다.<sup>180)</sup> 조약이 제3국에 대해 조약상 의무와 유사한 성격의 의무를 부과하려고 할 때 상대효 원칙의 제한을 받는다. 반면, 조약과 관련되는 의무는 상대효 원칙과 독립적인 객관적 성질의 의무이므로 동 원칙에 의해 제한을 받지 않는다.<sup>181)</sup> 이상의 두 가지 의무는 제3국의 자율적 의사에 따라 발생하는 것으로서, 제3국의 의사와 관계없이 기존 법규가 적용됨으로써 제3국에 미치는 부정적 영향<sup>182)</sup>과 구별된다.

‘조약상 의무, 또는 조약에 포함된 내용과 유사한 또는 상응하는 의무’는 제3국에 대한 적극적·작위적 효과를 발생시킨다. 이는 다시 ① 제3국의 자율적 의사에 의해 발생하는 효과, ② 기존 법규의 작용에 의

180) Ibid.

181) Ibid, p. 89, para. 32.

182) 대표적인 예로 조약상 의무와 유사한 의무가 관습국제법화되는 경우를 들 수 있다. 이는 이하에서 구체적으로 논하기로 한다.

해 발생하는 효과로 나뉜다. 여기서 기존 법규의 작용이란, 국가승계, 대리, 보호령, 관습국제법 등 조약법 이외 국제법규범의 작용을 의미한다. 본 논의에서는 전자의 경우가 더 중요하다. 제3국의 자율적 의사에 의해 발생하는 효과는 크게 두 종류가 있다. 첫째, 제3국의 행위에 의해 직접 발생하는 효과. 둘째, 제3국의 행위에 의해 간접적으로 발생하는 효과. 전자는 제3국이 동의함으로써 발생하는 효과를, 후자는 제3국의 행위가 조약상 부정적 효과를 수반하는 경우를 의미한다.

제3국은 조약상 의무 또는 부정적 효과를 명시적으로 수락할 수 있다. 우선, 조약에 서명했지만 아직 당사국이 되지 못한 국가, 즉 체약국은 조약의 일정 부분에 최종적인 동의를 표시한 것으로 간주된다(제10조 1항). 여기에는 조약의 발효에 관한 조항과 조약에 참가할 타국의 권리, 타국의 참가 방식 등이 포함된다. 이러한 지위에 있는 국가들은 특히 조약 당사국이 될 권리를 가진 다른 국가들의 조약 가입을 방해하지 않을 의무를 가진다(제10조 2항).<sup>183)</sup> 물론 조약에 대한 서명은 조약의 실체적 규정에 대해서는 잠정적 동의를 표한 것에 불과한 반면 절차적 규정에 대해서는 최종적 동의를 확인한 것으로 설명될 수도 있다. 그러한 의미에서 조약의 절차적 규정에 있어서는 제3국이 아닌 조약 당사국으로 불려지기도 한다.<sup>184)</sup>

제3국은 조약 당사국들과 별도의 조약(separate treaty)을 체결함으로써 조약의 부정적 효과를 수락할 수도 있다(제11조 1항). 이는 원 조약의 전체 또는 일부 당사국들과 체결할 수도 있고, 이해관계를 가진 다른 제3국과 체결할 수도 있다. 이때 제3국에 부과되는 의무의 근거는 원 조약이 아닌 제3국이 체결한 별도의 조약에 있다(제11조 2항). 그러나 원 조약과 별도의 조약을 항상 분명히 구분할 수 있는 것은 아니다. 제3국이 별도의 조약에서 원 조약을 준수하겠다고 표현한 경우, 원 조약의 당사국이 된 것으로 볼 수도 있기 때문이다.

제3국이 체결한 별도의 조약은 국제 판례에서도 쟁점이 되었다. *International Commission of the River Oder* 사건에서 PCIJ는 1921년 바

---

183) Ibid, p. 79.

184) Ibid, p. 90, para. 40.

르셀로나 협약을 비당사국인 폴란드에 적용할 수 있는지를 살펴보면서 1919년 베르사유 조약에 주목했다. 폴란드가 베르사유 조약상 관련 조항을 수락한 것이 바르셀로나 조약의 적용에 동의한 것으로 해석될 가능성이 있었기 때문이다. 그러나 PCIJ는 베르사유 조약상 해당 조항이 이렇게 해석되지 않는다고 결론 내렸다.<sup>185)</sup> *Treatment of Polish Nationals in Danzig* 사건에서는 1919년 베르사유 조약의 비당사자인 단치히 시가 후속적 합의를 통해 베르사유 조약 제104조의 구속력을 수락했는지가 문제되었다. PCIJ는 후속적 합의가 동조를 실현하기 위한 목적을 가진다는 이유로 이를 긍정했다.<sup>186)</sup>

마지막으로, 제3국은 일방적 선언을 통해 조약상 의무를 수락할 수도 있다(제12조 1항). 제11조상 별도의 조약과 마찬가지로, 제3국 의무의 근거는 원 조약이 아닌 일방적 선언에 있다(2항). 그러나 별도의 조약과 달리 일방적 합의는 조약법의 적용을 받지 않으며 제3국의 의사에 따라 언제든지 철회될 수 있다(3항). 다만 철회에 따른 국가책임이 별도로 발생할 수 있다.

일방적 선언이란 국제법적 의무를 부담할 목적으로 대외적으로 표시하는 분명하며 자율적인 의사이다.<sup>187)</sup> 일방적 선언을 통한 제3국의 조약상 불이익 수락의 사례로 *Free Zones* 사건을 들 수 있다. 동 사건에서 PCIJ는 1919년 베르사유 조약 제435조가 비당사국인 스위스를 원칙적으로 구속하지 않지만, 1919년 5월 5일자 스위스 연방 평의회 외교문서상 스위스가 동조를 수락한 범위 내에서는 구속력을 갖는다고 했다.<sup>188)</sup> 1919년

185) *Case relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, Judgment of 10 September 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 23, pp. 19-21.

186) *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion of 4 February 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 30.

187) UN 국제법위원회에서 ‘국가의 일방적 행위’ 작업을 진행하였던 Victor Rodríguez Cedeño 특별보고관의 ‘일방적 선언’에 대한 정의 참고. UN Doc. A/CN.4/500 and Add. 1 (1999), Second Report on Unilateral Acts of States, Draft Article 2, p. 200. See also UN Doc. A/61/10 (2006), Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations, Principle 1 & Commentary, p. 162; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment: I.C.J. Reports 1974, p. 472, para. 46.

5월 5일자 외교문서는 스위스와 프랑스 간 합의라기보다는 스위스의 일방적 선언이라고 보는 것이 더 타당하다. 스위스는 일방적 선언을 통해 베르사유 조약에 의한 자유지대 철폐에 대한 자국의 의사를 표시했다. 다만 PCIJ는 외교문서의 내용으로 판단하건대 스위스가 자유지대 철폐 자체에 동의한 것은 아니라고 판시했다.<sup>189)</sup>

지금까지 제3국의 의사를 통해 직접적으로 의무가 발생하는 세 가지 경우를 살펴보았다. 한편, 간접적 방식으로 제3국에게 의무가 부과될 수도 있다. 제3국이 조약상 권리를 행사할 때 이에 대응하는 의무의 준수가 요구될 수 있고(제13조), 제3국이 특정 영역을 이용하려 할 때 조약상 일정한 조건에 따라야 할 수도 있다(제14조).<sup>190)</sup> 특히 후자는 객관적 체제 설정 조약 논의와 깊은 관련이 있다. 이 부분에 대해서는 제3장에서 보다 구체적으로 살펴볼 것이다.

## 2. Waldock 초안

### (1) 초안 제62조 1항

Fitzmaurice 초안이 상당히 방대한 분량을 할애하여 관련되는 모든 쟁점들을 다루고 있는 것에 비해, Waldock 특별보고관의 초안은 비교적 간단하다. Waldock 초안은 제3국에게 의무를 부과하는 경우와 권리를 부여하는 경우를 제62조에서 일괄적으로 다룬다. 그렇다고 해서 Waldock 특별보고관이 제3국에 의무를 부과하는 조약과 권리를 부여하는 조약을 엄격히 구분하는 전통적 견해를 배척한 것은 아니었다. 제62조라는 같은 지붕 아래 있지만, 의무 부과는 1항에서, 권리 부여는 2, 3, 4항에서 규

---

188) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 141; *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 17.

189) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 142.

190) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 79.

정하고 있기 때문이다. 또한 1항과 2, 3, 4항은 내용적으로 서로 아무런 관련성이 없다.

제62조 1항에 따르면, 다음의 두 가지 조건이 충족되는 경우 조약은 제3국에 구속력을 가진다. 첫째, 조약 당사국들이 제3국을 구속하는 법적 의무를 창설할 것을 의도했어야 한다. 둘째, 제3국이 그 조약 규정에 명시적 또는 묵시적으로 동의했어야 한다.<sup>191)</sup>

Fitzmaurice 초안과 달리 Waldock 초안은 조약상 제3국에 주어지는 불이익을 여러 가지 유형으로 구분하지 않았다. 제61조 1항은 ‘법적 의무 (legal obligation)’라는 표현만 사용하고 있다. Waldock이 말하는 제3국의 ‘법적 의무’ 개념은 Fitzmaurice 초안상 조약이 제3국에 미치는 불리한 효과에 대응되는가? Waldock 특별보고관은 초안 및 주석에서 ‘법적 의무’가 정확히 무엇을 지칭하는지 설명하진 않는다. 다만, ‘법적’ 의무라는 표현 자체만으로 보았을 때, 조약의 부수적 효과로서 제3국이 겪는 불이익은 이에 포함되기 어렵다. 또한 제62조 1항은 조약 당사국들이 의도적으로 제3국에게 의무를 부과했을 것을 요구한다. 조약의 부수적 효과란 당사국들이 조약 기초 당시 예상하지 못했거나 중요하게 생각하지 않았던 효과이다. 즉 Waldock 초안 제61조 1항은 Fitzmaurice 초안상 ‘조약상 의무와 유사한 또는 상응하는 의무’ 부분만 다루고 있다.

그렇다고 해서 Waldock 초안의 규율 범위가 Fitzmaurice 초안에 비해 현저히 축소된 것은 아니다. Waldock 특별보고관은 Fitzmaurice 초안상 ‘조약과 관련되는 의무’를 제63조에서 별도로 다루기 때문이다. 제63조는 바로 ‘객관적 체제를 설정하는 조약’에 관한 조항이다. Waldock 특별보고관은 객관적 효과를 발생시키는 조약이 그 자체로서 특수한 쟁점을 내포하므로 별개의 조항에서 다루는 것이 타당하다고 설명한다.<sup>192)</sup>

Waldock 초안 제62조에서 특히 주목할 점은 조약의 상대효 원칙과 제3자 의무 부과 조약의 관계에 대한 Waldock 특별보고관의 입장이다. 제61조 1항에서 ‘제62조 및 제63조에서 규정한 경우를 제외하면’이라는 표현으로부터 특별보고관이 제62조를 제61조 상대효 원칙의 예외로 보았

191) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 19.

192) Ibid, p. 20, para. 2.



음을 알 수 있다. 그러나 제62조가 상대효 원칙의 예외가 아니라는 반론도 제기될 수 있다. Waldock 특별보고관도 제62조 1항에 대한 주석에서 이를 소개한다. 반론에 따르면, 제62조 1항은 제3국의 동의를 필수적으로 요구하기 때문에 상대효 원칙에 반하는 것이 아니다.<sup>193)</sup>

이러한 반론은 주권평등 원칙의 이해로부터 출발한다. 앞서 제2장에서 상대효 원칙의 법적 근거에 관해 국제법위원회 내에서 있었던 견해 대립을 살펴본 바 있다. 한편에서는 상대효 원칙이 주권평등원칙이라는 국제법 원칙에 근거한다고 보았고, 다른 편에서는 동 원칙이 사법상 계약의 상대적 효력을 유추 적용한 것이라고 주장했다. 주권평등의 논리적 귀결로서 국가는 동의를 의사를 표시하지 않은 규칙에 일방적으로 구속되지 않는다. 반면, 국가가 동의한 규칙에 구속되는 것은 주권평등에 반하지 않는다. 이에 따라 제3국이 자신이 동의한 조약상 규정에 구속되는 것은 주권평등, 즉 상대효 원칙에 반하지 않는다.

조약의 상대효 원칙은 다음 두 가지 방식으로 정의될 수 있다. ① 조약은 제3국에 대해 권리나 의무를 부여할 수 없다. ② 조약은 제3국의 동의 없이는 그에 대해 권리나 의무를 부여할 수 없다. 정의 ①에 따르면, 제3국이 동의하여 조약상 권리나 의무가 부여되는 것은 상대효 원칙의 예외에 해당한다. 반면, 정의 ②에 따르면 이는 상대효 원칙의 예외가 아니며, 오히려 동 원칙의 당연한 귀결이다. 앞서 살펴본 반론은 상대효 원칙을 ②와 같은 의미로 본다.

초안만 봐서는 Waldock 특별보고관이 이러한 반론에 대해 어떤 입장을 취하고 있는지 다소 불분명하다. 오히려 제62조를 제61조의 ‘예외’로 보았다는 점에서 이와 반대되는 견해를 가진 것으로 여겨질 수도 있다. 실제로 국제법위원회의 몇몇 위원들은 Waldock 특별보고관의 입장을 이렇게 파악했다. 특별보고관은 제62조를 제61조의 예외로 소개한 것은 논의의 편의상 그렇게 한 것이며, 개인적으로는 제62조를 상대효 원칙의 진정한 예외로 보지 않는다고 해명했다.<sup>194)</sup>

---

193) Ibid, p. 20, para. 3.

194) 735th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 74, para. 14.

Waldock 초안의 특징은 조약의 제3국 논의에서 제3국의 동의를 핵심 요소로 등장시켰다는 점에 있다. 제62조 1항과 2항은 모두 제3국이 조약상 의무 또는 권리를 부여 받기 위한 조건으로 제3국의 동의를 요구한다. Fitzmaurice 초안도 제3국 동의를 중요하게 여겼으나 제3국의 조약 관련 권리의무가 발생하기 위한 필수 요건으로 보진 않았다. ‘자동 수반 원칙’ 또는 ‘조약과 관련되는 권리의무’에서 볼 수 있듯이, Fitzmaurice 초안은 제3국의 동의와 관계없이 권리의무가 발생하는 경우도 언급한다. 반면, 이에 대응되는 Waldock 초안 제63조 ‘객관적 체제를 설정하는 조약’에서는 제3국의 동의가 계속해서 요구된다(제63조 2항). 제3자적 조약에서 제3국 동의가 어떤 의미를 갖는지는 국제법위원회에서도 상당한 견해 대립을 불러왔을 정도로 매우 까다로운 문제이며 여러 추가적 쟁점을 동반한다. 이하에서 상세히 살펴보도록 하겠다.

## (2) 국제법위원회 회의

### 1) 제3국 동의의 의미

Waldock 초안 제62조 1항과 관련하여 국제법위원회 내에서 수많은 논점들이 제기되었고, 위원들은 각 논점에 대해 다양한 입장을 표명했다. 여기서는 위원들의 견해를 쟁점별로 묶어서 검토하기로 한다. 국제법위원회 내에서 가장 심층적 토의가 이루어졌던 쟁점은 ‘제3국 의무 부과 법적 근거는 무엇인가?’ 또는 ‘제3국 의무 부과 조약에서 제3국의 동의는 어떤 의미를 가지는가?’였다. Waldock 초안은 이 문제를 비중있게 다루었다. 제62조 1항에 따르면, 조약이 제3국에 의무를 부과할 수 있기 위해서는 조약 당사국의 의도와 제3국의 동의가 요구된다. 이로써 당사국과 제3국 간 일종의 ‘이차적인 부수적 합의(second collateral agreement)’가 이루어진다는 것이 Waldock 특별보고관의 설명이다. 이때 제3국이 부담하는 의무의 법적 근거는 원 조약이 아닌 부수적 합의에 있다.<sup>195)</sup> ‘부수적 합의’는 Waldock 초안에서 새롭게 제시된 개념은 아

니다. 앞서 살펴본 Fitzmaurice 초안 제11조는 제3국이 조약 당사국과 ‘별도의 조약(separate treaty)’ 을 통해 조약상 의무를 수락할 가능성을 제시했다. 이때, 제3국에 부과되는 의무는 원 조약이 아닌 별도의 조약에 근거한다. 만약 ‘별도의 조약’ 또는 ‘부수적 합의’ 의 개념으로 설명될 수 있다면, 제62조 1항상 제3국의 의무는 조약의 상대효 원칙에 대한 진정한 예외로 볼 수 없게 된다.

제3국에 의무가 부과되기 위해 반드시 ‘부수적 합의’ 와 같은 제3국의 동의가 필요한가? 위원들은 대체로 긍정했다. Amado 위원은 제3국 권리 부여와 달리 의무 부과는 제3국의 동의 없이는 이루어질 수 없다고 보았다.<sup>196)</sup> De Luna 위원은 더 나아가 특별보고관이 제3국 의무 부과 조약의 실제 사례를 언급하지 않은 것은 그런 조약 자체가 존재하지 않기 때문이라고 지적했다.<sup>197)</sup> 또한 제3국이 의무 부과에 동의한다면 더 이상 ‘제3국’ 이라고 할 수 없으며, 실제로 의무의 근거는 원 조약이 아닌 제3국의 후속적 동의, 즉 ‘부수적 합의’ 에 있다고 보았다.<sup>198)</sup>

Tunkin 위원은 제62조 1항의 경우가 조약의 상대효 원칙에 대한 진정한 예외는 아니라고 보았다. 이는 오히려 조약 비당사국에 대한 조약 적용 범위의 확장 문제라는 이유에서다. 모든 국제법 규칙의 근거는 국가의 동의에 있다. 따라서 그는 조약이 제3국 의무의 원천이 될 수 없으며, 제3국의 동의가 반드시 필요하다고 강조했다.<sup>199)</sup> Waldock 특별보고관도 조약 자체가 제3국에 의무를 부과하는 것은 근본적으로 불가능하다고 보았다.<sup>200)</sup> 따라서 제62조는 원 조약이 아닌 부수적 합의에 의해 제3국에 권리의무가 부여되도록 의도되었다고 설명했다.<sup>201)</sup>

195) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 20, para. 3; 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 66, para. 5.

196) 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 70, para. 34.

197) Ibid, para. 37.

198) Ibid, para. 38.

199) Ibid, p. 71, paras. 50-51.

200) 735th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 74, para. 14.

201) Ibid, p. 75, para. 15.

한편, Tsuruoka 위원은 제62조 1항 자체의 실효성에 의문을 제기했다. 즉 제62조 1항은 실제로 국제관계에서 활용되기 보다는 제62조 2항과 균형을 맞추기 위해서만 존재한다는 것이다. 또한 이는 상대효 원칙의 예외가 아닌 특별한 경우로 해석되어야 한다고 지적했다. 마지막으로 제3국 의무는 그 국가의 동의에 근거한다는 점을 재차 강조했다.<sup>202)</sup>

일부 위원들은 ‘부수적 합의’라는 개념 자체에 반감을 표시했다. Amado 위원은 ‘부수적 합의’라는 표현에 거듭 이의를 제기했다.<sup>203)</sup> 제3국의 동의 형태를 제대로 반영하지 못한다는 이유에서였다. 그에 따르면, 일단 부수적 합의가 묵시적 동의를 의미하는지 혹은 추가적 조약을 의미하는지부터가 분명하지 않다. 제3국이 묵시적 동의를 통해 당사국의 선의에 자신의 모든 것을 맡긴다고 보아야 하는가? 만약 부수적 합의가 조약의 형태를 갖는다면, 원 조약에 종속적인 조약이 될 것이다.<sup>204)</sup> De Luna 위원도 이에 동조했다. 즉 부수적 합의가 조약의 형태를 가진다면, ‘제3국’은 더 이상 존재하지 않게 되며, 제3국이 부담하는 원 조약상 의무는 그 조약이 아닌 부수적 조약으로부터 도출될 것이다.<sup>205)</sup>

한편, Yasseen 위원은 부수적 합의가 구두로도 행해질 수 있으므로 조약은 아니라고 보았다. 다만, ‘부수적(collateral)’ 또는 ‘추가적(additional)’ 합의라는 표현 대신, ‘보충적 합의(complementary agreement)’라는 표현을 쓸 것을 제안했다. 원 조약의 내용은 제3국에게 의무를 부담시키기 위한 시작 단계에 불과하며, 제3국의 보충적 합의가 있어야만 완전한 법적 의무가 발생한다는 점을 분명히 하기 위해서이다.<sup>206)</sup> 또한, Yasseen 위원은 제62조에서 제3국의 동의가 구체적으로 어떤 형태로 나타날 수 있는지 규정할 필요가 있다고 덧붙였다.<sup>207)</sup> 이에 Waldock 특별보고관은 Yasseen 위원이 어떤 형태의 동의를 염두에 두고

---

202) Ibid, p. 76, para. 32.

203) 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, para. 34.

204) 735th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 78, para. 52.

205) Ibid, p. 78, para. 53.

206) Ibid, p. 79, para. 56.

207) Ibid.

있는지 질문했다.<sup>208)</sup> 제3국에 권리를 부여하는 경우에는 제3국이 그러한 권리를 행사 및 주장할 때 이에 동의했음이 드러난다. 그러나 제3국에 의무를 부과하는 경우에는 이런 식으로 제3국의 동의를 추정하기 어렵기 때문이다.<sup>209)</sup> 일례로, *Free Zones* 사건에서 1919년 베르사유 조약에 부속된 1919년 5월 5일자 스위스 정부의 외교문서를 자유지대 폐기에 동의한 것으로 해석할 수 있는지 문제된 바 있다. Waldock 특별보고관과 Yasseen 위원은 제3국의 의무 부과에 대한 동의의 대표적 형태로 이러한 정부의 공식 외교문서를 꼽았다.<sup>210)</sup>

‘부수적 합의’가 만약 조약의 한 형태로 인정된다면, 조약의 제3국 자체가 성립할 수 없다. 원 조약의 당사국들과 부수적 조약을 체결한 제3국은 더 이상 제3국으로서 원 조약상 의무를 부담하는 것이 아니며, 부수적 조약의 당사국으로서 부수적 조약상 의무를 부담하기 때문이다. 한편, 대부분의 위원들은 부수적 합의가 반드시 조약의 형태를 가져야 한다는 점에는 동의하지 않은 듯하다. Parades 위원은 원 조약의 당사국과 제3국 간 일종의 계약적 관계가 존재하는 것은 사실이나, 제3국의 동의를 부수적 조약으로까지 볼 필요는 없다고 지적했다.<sup>211)</sup> 제3국 권리 부여 조약에서도 부수적 합의에 관한 논의가 활발하게 이어졌으므로, 이 쟁점은 이하에서 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

한편, 조약에 대한 제3국의 묵시적 동의가 인정될 수 있는지의 논의도 있었다. 문제의 발단은 Waldock 초안 제62조 1항 (b)에 있었다. 이에 따르면, 제3국이 문제의 조항에 ‘명시적으로 또는 묵시적으로’ 동의한 경우에 법적 의무가 부과될 수 있다. 대부분의 위원들은 ‘묵시적으로’라는 표현을 삭제해야 한다고 주장했다. 개발도상국 출신 위원들이 특히 이러한 표현에 크게 반발했다. 강대국들이 약소국의 특정 행위를 묵시적 동의로 강제 추정하는 상황이 발생할 수 있으며,<sup>212)</sup> 동의 추정 시 존재

---

208) Ibid, p. 79, para. 57.

209) Ibid.

210) Ibid, p. 79, paras. 57, 58.

211) Ibid, p. 82, paras. 21, 23.

212) Parades 위원, 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 68, para. 17; Verdross 위원, ibid, p. 69, para. 29.

하는 불확실성이 국가간 분쟁으로까지 이어질 수 있기 때문이다.<sup>213)</sup> 주권국의 동의 원칙은 현대국제법상 중요한 원칙이므로 국가의 동의 존재 여부는 반드시 명확하게 밝혀야 한다고 지적한 위원들도 있었다.<sup>214)</sup>

Ago 위원은 제3국 동의 문제를 정치적 문제, 즉 강대국과 약소국 간의 대결 구도로 취급해서는 안 된다고 강조했다. 또한 그는 특별보고관이 오히려 초안에서 제3국 동의를 강조함으로써 제3국의 자율성을 최대한 존중하려 한 것이라고 보았다.<sup>215)</sup> Bartos 위원은 범규범이란 반드시 정치적·경제적 기반을 가지기 마련이므로 국제법 규칙을 제정할 때 그 배경이 된 역사적, 사회적 요인들을 반드시 고려해야 한다고 반박했다.<sup>216)</sup>

Waldock 특별보고관은 이렇게 많은 위원들이 묵시적 동의에 대해 우려를 표명한 것에 대해 놀랍다는 반응이었다.<sup>217)</sup> 실행에서는 국가의 동의가 어떤 형태를 가지는지 여부보다는 국가가 자신이 동의한 사항을 실제로 지키는지 여부가 더 빈번히 문제되기 때문이다.<sup>218)</sup> 하지만 특별보고관은 위원들의 의견을 수용하여 ‘명시적 또는 묵시적’이라는 표현을 삭제하기로 결정했다. 제3국의 동의가 그 국가의 진정한 의사에 따른 것인지 여부가 더 중요한 문제이기 때문이다.<sup>219)</sup> 이처럼 특별보고관은 ‘묵시적’이라는 표현이 삭제된다면 ‘명시적’이라는 표현도 삭제되어야 한다고 보았다. 그러나 최종 비엔나 협약에는 Waldock 특별보고관의 견해가 아닌, 다수 위원들의 견해가 반영되었다. 협약 제35조는 다음과 같이 규정한다. ‘조약 당사국이 조약 규정을 제3국에 의무를 부과하는 수단으로 의도하며, 제3국이 서면으로 그 의무를 명시적으로 수락하는 경우, 제3국이 당사국이 아닌 조약으로부터 제3국의 의무가 발생한다.’

---

213) Tsuruoka 위원, 735th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, para. 34; Pal 위원, *ibid*, p. 73, para. 4; Bartos 위원, *ibid*, p. 76, para. 35;

214) Tabibi 위원, *ibid*, p. 74, para. 10; Tabibi 위원, 651st Meeting, Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, 1962, p. 144, para. 72.

215) 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 68, paras. 18, 19.

216) *Ibid*, p. 68, para. 20.

217) *Ibid*, p. 77, para. 44.

218) *Ibid*.

219) *Ibid*, p. 77, para. 44.

## 2) 객관적 체제 설정 조약과의 관계

객관적 체제 설정 조약 개념은 Waldock 초안 제63조에서 등장하지만, 제62조에 대한 국제법위원회 회의에서는 동조와 객관적 체제 설정 조약 개념이 어떤 관계에 있는지도 논의되었다. Pessou 위원은 제3국 의무 부과 조약을 세 가지 유형으로 분류<sup>220)</sup>하면서 객관적 체제 설정 조약의 개념을 언급한다. 우선, 첫 번째 유형은 특정 영역의 영토적 지위를 규정하는 조약이다. 대표적 사례로는 해로 또는 수로 이용에 관한 조약과 국경 조약이 있다. 두 번째 유형은 경제적·정치적 영향을 미치는 조약이다. 최혜국 대우 조항과 1923년 스위스-리히텐슈타인 조약<sup>221)</sup>을 예로 들 수 있다. 마지막 유형은 객관적 상태를 정하는 조약이다. 객관적 상태란 조약 당사국 외의 국가에 대해서도 주장할 수 있는 지위를 의미한다. 이처럼 Pessou 위원은 객관적 체제 설정 조약을 제3국에 의무를 부과하는 조약의 하위 개념이라고 보았다.

한편, Lachs 위원은 객관적 지위를 설정하는 조약은 제62조 1항의 예외라고 보았다. 객관적 상태 또는 조건 설정은 관련 국가들의 동의 여부와 상관없이 이루어지기 때문이다. 예컨대, 국제 평화와 안전을 보장하기 위해 침략전쟁을 촉발한 혐의가 있는 국가에 대해 그 동의 여부와 관계없이 일정한 의무를 부과할 수 있을 것이다. 제2차 세계대전 이후 전범국에 대해 이러한 조치가 취해졌다.<sup>222)</sup> Tunkin 위원 역시 이에 동의하면서, 제2차 세계 대전 이후 연합국이 독일에 관해 체결한 조약들은 침략에 대한 제재 조치의 일환으로 행해진 것이며, 독일 분단 이후에도 여

---

220) 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 67, para. 9.

221) 1923년 스위스-리히텐슈타인 조약에 따라 리히텐슈타인은 스위스 관세지역의 일부가 되었고, 리히텐슈타인에 적용되는 상업 및 관세 관련 조약 체결 권한이 스위스에게 부여되었다. 'Treaty between Principality of Liechtenstein and the Switzerland concerning the Union of the Latter with the Swiss Customs Territory, Signed at Berne on March 29, 1923' (translation), *League of Nations Treaty Series*, Vol. 21 (1923-1924), No. 545, pp. 243-261.

222) 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 71, para. 46.

전히 효력을 갖는다고 설명했다.<sup>223)</sup>

Pal 위원도 객관적 상태를 정하는 조약의 존재를 인정했다. 그는 국경 조약, 통일 조약, 흡수 합병 조약 등의 양자 조약도 타국이 반드시 인정해야 하는 객관적 상태를 창설할 수 있으며, 이 경우 제62조가 적용될 수 없다고 설명했다.<sup>224)</sup> 이처럼 국제법위원회의 일부 위원들은 제62조 1항에 관한 논의에서 일반적인 제3자적 조약과 구별되는 개념으로서 객관적 체제 설정 조약이 존재한다고 보았다.

### 3) 기타 논의

이 밖에도 제62조 1항과 관련하여 여러 다양한 논의가 있었다. 오늘날 국제사회에서 중요한 다자조약에는 이해관계국들이 거의 모두 참여하기 때문에 제62조상 조약의 제3국이 사라지는 추세라는 지적도 있었다.<sup>225)</sup> Waldock 초안에서 의무와 권리를 별도로 규정한 것이 현실에서 양자가 갖는 상호연관성을 고려하지 않은 편의적 발상이라는 비판도 제기되었다.<sup>226)</sup> UN이 비회원국에 대해 UN헌장상 원칙 준수를 확보해야 한다는 UN헌장 제2조 6항이 조약상 제3국 의무 부과와 사례인지에 대해 의견이 팽팽하게 대립하기도 했다.<sup>227)</sup>

---

223) Ibid, para. 53.

224) 735th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 74, para. 6.

225) Tabibi 위원, ibid, p. 74, para. 9; El-Erian 위원, ibid, p. 75, para. 18.

226) Rosenne 위원, ibid, p. 76, para. 29; Ago 위원, p. 79, para. 63.

227) 몇몇 위원들은 UN헌장 제2조 6항이 비회원국을 간접적으로 구속한다고 보았다. 헌장 제39조에 따라 UN안전보장이사회가 헌장상 근본 원칙을 위반한 비회원국에 대해 일정한 조치를 취할 수 있다는 점이 이를 잘 보여준다고 Verdross 위원은 지적했다. 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 69, para. 30; de Aréchaga 위원, ibid, p. 69, para. 27; Elias 위원, ibid, p. 73, para. 67. 반대하는 입장에서는 헌장상 의무가 조약상 의무로서가 아닌 일반 국제법 원칙상 의무로서 제3국에 영향을 미친다고 보았다. Waldock 특별보고관, 734th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, pp. 66-67, para. 6; Tunkin 위원, ibid, p. 72, para. 55; Pal 위원, 735th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 74, para. 6; Tabibi 위원, ibid, para. 11.



### Ⅲ. 제3국 권리 부여 조약

#### 1. 하버드 초안

제3국에 권리를 부여하는 조약 개념은 의무를 부과하는 조약과 달리 오래 전부터 비교적 쉽게 인정되어 왔다. 1935년 하버드 초안 제19조 (b)항도 제3국 권리 부여 조약을 명문으로 인정한다.<sup>228)</sup> ‘만약 조약이 비 당사국 또는 비서명국인 국가의 혜택에 관한 명시적 규정을 포함한다면, 그 국가는 해당 규정이 조약 당사국 간 계속해서 효력을 갖는 한 동 규정상 혜택을 주장할 권리가 있다.’

하버드 초안 제19조 (a)항의 주석은 상대적 효력 원칙, 즉 제3국 의무 부과 금지 원칙에 대해 학설, 판례, 실행 순서로 검토한다. 한편, 제19조 (b)항의 주석은 상대적 효력 원칙의 예외로서 제3국 권리 부여 조약이 인정되는지 여부에 초점이 맞춰져 있다. 주석은 우선 국내법상 제3자를 위한 계약(*stipulation pour autrui*) 개념을 살펴보고, 국제법적 차원에서 제3자를 위한 조약 개념이 인정될 수 있는지를 국제 판례를 통해 확인한다. 주석은 이와 관련하여 크게 세 가지 쟁점을 제시한다. ① 조약상 제3국 권리의 법적 성질은 무엇인가? ② 제3국에 법적 권리를 부여하는 조약이 국제법상 인정되는가? ③ 조약상 제3국 권리 규정을 폐지하기 위해서는 그 국가의 동의가 필요한가? 이 세 가지 문제는 서로 밀접하게 관련되며, 여러 국제 판례에서는 세 가지가 동시에 문제되었다. 이하에서는 순서대로 주석 내용을 살펴보기로 한다.

전 세계 각국 국내법을 살펴볼 때, 계약의 상대적 효력에 대한 예외로서 제3자를 위한 계약(*stipulation pour autrui*)이 인정되는 경우는 빈번히 발견된다.<sup>229)</sup> 비록 로마법에서는 계약의 제3자에 대해 법적 권리가 인정

228) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 924.

229) 하버드 초안에 따르면, 당시 미국과 프랑스, 벨기에, 네덜란드, 이탈리아, 독일, 스위스 등 많은 주요 국가들 법체계상 제3자를 위한 계약이 인정되고 있었다. Ibid, pp.

되지 않았으나, 대부분의 근대 민법 체계는 제3자의 청구권을 인정한다.<sup>230)</sup> 계약법 법리가 조약에 유추 적용된다는 입장, 독자적인 국제법 법리로서 적용된다는 입장 중 그 어느 것에 따르더라도 제3자에 권리를 부여하는 조약 개념은 비교적 쉽게 인정된다.

제3자 권리 부여 조약에 있어 중요한 문제는 제3자에게 인정되는 권리의 성질이다. 이와 관련하여, 하버드 초안은 제3자의 권리를 다음 두 가지로 구분한다.<sup>231)</sup> 첫째, 당사국들이 비당사국에 대해 의도적으로 부여한 권리. 둘째, 당사국들이 의도하지 않았음에도 제3국에게 발생한 반사적 이익 및 혜택. 후자의 경우, 제3국은 법적 권리를 갖는 것이 아니므로 조약상 관련 규정을 직접 원용하거나 해당 규정의 폐지 및 변경에 반대할 수 없다. *Free Zones* 사건에서 Altamira 재판관과 Hurst 재판관은 제3국 혜택 규정의 변경·폐지 시 제3국의 동의가 반드시 요구된다는 입장을 비판했다. 이는 향후 체결될 제3국 권리 부여 조약에 큰 문제를 초래할 수 있으므로 일반적으로 인정해서는 안 된다는 이유에서였다.<sup>232)</sup>

하버드 초안은 제3국 권리의 성질이 문제된 대표적 사례로 *Åland Islands* 사건을 든다. 1856년 3월 30일 영국·프랑스와 러시아 간 체결된 조약은 Åland 섬을 비무장화할 의무를 러시아에게 부과했다. 동 조약은 같은 해 파리에서 체결된 일반 강화 조약(*General Treaty of Peace*)상 삽입되었다. 일반 강화 조약의 당사국은 영국, 프랑스, 러시아, 오스트리아, 프로시아, 사르디니아, 터키였다. Åland 섬의 인접국이었던 스웨덴은 비당사국이었던 1856년 조약에 따른 비무장화로 인해 이익을 보았다. 1917년 핀란드는 Åland 섬 지역과 함께 러시아로부터 독립했다. 섬주민의 대다수는 스웨덴계 혈통을 갖고 있었고 스웨덴의 언어 및 문화를 향유했

---

924-925.

230) 20세기 초 Williston은 12개국의 '제3자를 위한 계약' 조항을 살펴보고 이와 같이 결론 내렸다. S. Williston, 'Contracts for the Benefit of a Third Person in the Civil Law', *Harvard Law Review*, Vol. 16, Issue 1(1902), p. 50.

231) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 926.

232) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Dissenting Opinion of M. Altamira and Sir Cecil Hurst, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 185.

다. 스웨덴은 섬 주민들이 주민투표를 실시하여 핀란드령으로 남을 것인지, 스웨덴에 편입될 것인지를 결정해야 한다고 주장했다. 이 문제는 국제연맹에 부탁되었고, 연맹은 이 문제를 검토하기 위해 국제법률가위원회(International Committee of Jurists)를 구성했다. 위원회가 검토한 주요 쟁점 중 하나는 1856년 조약상 Åland 섬 비무장화 의무가 여전히 유효한지 여부였다. 이는 Åland 섬이 핀란드과 스웨덴 중 어느 국가에 속하는지와 관계없이 결정될 문제였다. 양국 모두 1856년 조약의 비당사국이었기 때문이다.

학자들은 Åland 섬이 스웨덴의 영토가 아니라는 전제 하에 스웨덴이 1856년 조약에 따라 섬의 영유국에 대해 비무장화를 주장할 법적 권리가 없다고 본다. Waultrin에 따르면, Åland 섬이 러시아령이었던 당시 1856년 조약상 비무장화 의무가 비당사국을 위해 부과되었다는 명문의 규정이 없으므로, 스웨덴은 러시아의 조약상 의무 위반을 주장할 수 없다.<sup>233)</sup> 그는 스웨덴이 취할 수 있는 유일한 조치는 러시아의 의무 위반에 대해 조약 당사국인 프랑스와 영국의 주의를 환기하는 것뿐이라고 덧붙인다.<sup>234)</sup> Roxburgh 역시 이에 동의하면서 제3국에 법적 권리가 아닌 혜택만을 부여하는 것이 조약 당사국들의 의도라면, 제3국은 권리 침해를 주장할 수 없다고 보았다.<sup>235)</sup>

국제법률가위원회도 이와 유사한 입장을 취했다. 위원회에 따르면, 스웨덴은 1856년 조약 당사국이 아니므로 조약상 해당 규정에 관해 계약적 권리를 가지지 못함은 당연하다. 뿐만 아니라 조약상 권리를 부여받는 제3국의 지위를 주장할 수도 없다. 1856년 조약이 스웨덴을 조약상 직접적 혹은 간접적 권리를 갖는 대상으로 전혀 언급하고 있지 않기 때문이다.<sup>236)</sup> 다만, 1856년 조약에 의한 Åland 문제 합의가 객관적 성격을 가지므로, 스웨덴은 직접적 이해관계국으로서 조약상 해당 규정이 폐기되지

---

233) R. Waultrin, 'La Neutralité des Îles d'Åland', *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 19, 1907, p. 529.

234) Ibid.

235) Roxburgh, *supra* note 44, p. 41.

236) Report of the International Committee of Jurists, *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), p. 18.

않은 한 그 이행을 주장할 수 있다.<sup>237)</sup> 이처럼 국제법률가위원회는 제3국이 조약상 혜택 및 권리를 주장할 수 있기 위해서는 원칙적으로 조약상 그 국가가 명시되어야 한다고 보았다. *Free Zones* 사건에서 Negulesco 재판관도 제3국에 조약상 권리를 인정하기 위해서는 해당 조약 규정상 그 제3국의 국가명이 명시되어야 한다고 보았다.<sup>238)</sup> 그러나 하버드 초안 주석은 국가명이 언급될 필요까지는 없고, 조약의 문언 및 체결 시 상황으로 미루어보아 혜택을 받을 국가가 특정될 수 있기만 하면 충분하다고 설명한다.<sup>239)</sup>

그렇다면, 제3국이 조약상 권리를 인정받는 것이 실제로 가능한가? 하버드 초안 주석은 여러 건의 국제 판례에서 제3국 권리 부여 조약의 효력 여부가 문제되었다고 설명한다.<sup>240)</sup> 주석이 제시한 판례들에서 제3국에 권리를 부여하는 조약의 가능성이 완전히 부정된 경우는 없다. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* 사건에서 PCIJ는 ‘조약은 당사국 사이에만 법을 창설하며, 불분명한 경우 조약으로부터 제3국을 위한 권리는 추론될 수 없다’라고 판시했다.<sup>241)</sup> 그러나 PCIJ가 제3국의 조약상 권리를 전면적으로 부정한 것은 아니었다. 조약상 제3국의 권리 부존재가 추정됨이 원칙이나, 제3국 권리의 존재가 확실히 입증되면 추정이 깨질 수 있다고 본 것이다.<sup>242)</sup>

주석은 또한 *Customs Regime between Germany and Austria* 사건을 언급한다. 동 사건에서 PCIJ는 스페인이 당사국으로 가입하지 않았던 1919년 Saint-Germain-en-Laye 조약을 직접 원용할 수는 없지만, 자신이

---

237) Ibid, pp. 18-19.

238) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Opinion by M. Negulesco, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 37.

239) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 935.

240) Ibid, p. 930.

241) *Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment of 25 May 1926, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 29.

242) W. Beckett, ‘Decisions of the Permanent Court of International Justice on Points of Law and Procedure of General Application’, *British Yearbook of International Law*, Vol. 11 (1930), p. 12.

당사국인 1922년 제1의정서는 원용 가능하다고 보았다.<sup>243)</sup> 그러나 PCIJ가 이렇게 판단한 이유는 조약의 상대효 원칙에 따라 조약이 제3국에 권리를 부여할 수 없어서가 아니었다. Saint-Germain-en-Laye 조약이 제3국에 직접적인 권리를 부여하지 않았기 때문인 것으로 추정된다.

1919년 연합국과 오스트리아 간 체결된 Saint-Germain-en-Laye 조약 제88조는 다음과 같이 규정했다. 오스트리아의 독립은 국제연맹 이사회의 승인 없이는 불가침이다. 국제연맹의 승인이 없는 이상 오스트리아는 자국의 독립성을 직·간접적으로 훼손하는 그 어떠한 행위도 할 수 없다. 이후 1922년 10월 4일 제네바에서 체결된 제1의정서에 따르면, 영국과 프랑스, 이탈리아, 체코슬로바키아는 오스트리아의 독립성을 존중하며 오스트리아는 생제르망 조약 제88조에 따라 자국의 독립성을 훼손하는 행위를 자제한다. 의정서는 다른 국가들에게도 가입이 개방되었고, 스페인과 벨기에가 가입했다.

1931년 독일과 오스트리아는 양국의 관세 및 경제 정책을 단일화하는 의정서를 체결했다. 영국은 이에 대해 국제연맹 이사회의 주의를 환기했다. 영국은 Saint-Germain-en-Laye 조약과 1922년 의정서 모두 당사국이었으므로 조약 위반 문제를 직접 제기할 수 있었다. 반면, 스페인은 1922년 의정서에는 가입했으나 Saint-Germain-en-Laye 조약의 당사국은 아니었다. 1922년 의정서는 오스트리아가 Saint-Germain-en-Laye 조약 제88조를 준수해야 한다고 규정했다. 그럼에도 불구하고 PCIJ는 스페인이 Saint-Germain-en-Laye 조약을 직접 원용하지는 못한다고 판시했다. 동 조약의 준수로 오스트리아의 독립성이 보존된다면 비당사국 스페인은 반사적 이익을 향유하게 된다. 그러나 조약 당사국들이 비당사국의 이익을 고려하여 조약을 체결한 것은 아니었다. PCIJ는 바로 이 점을 염두에 두고 위와 같이 판시한 것으로 보인다.

*Free Zones* 사건에서도 제3국이 조약상 일정한 권리를 부여받았는지 여부가 문제되었다. PCIJ에서 동 사건은 세 차례나 다뤄졌다. 소송절차적

---

243) *Customs Régime between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion of 5 September 1931, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 41, p. 48.

문제에 관한 1929년 8월 19일 제1차 법원 명령<sup>244)</sup>과 1930년 12월 6일 제2차 법원 명령<sup>245)</sup>에 이어 1932년 6월 7일 본안 판단<sup>246)</sup>이 내려졌다. 사건의 배경도 다소 복잡하다.<sup>247)</sup> 이를 이해하기 위해서는 일단 스위스 제네바의 특수한 지리적 위치를 파악하는 것이 중요하다. 당시 제네바 시는 폭이 4km 정도밖에 되지 않는 좁고 긴 모양의 지형을 통해 스위스 본토와 연결되어 있었다. 그 주위를 프랑스령 오토 사부아 지역과 칁크 지구가 둘러싸고 있었다. 이러한 지형적 특성 때문에 제네바 시는 스위스 본토보다는 이들 지역과 더 활발히 교류했다. 1603년 St. Julien 조약은 제네바 공화국과 사부아 지역 간 자유무역을 허용했다. 1602년부터 칁크 지구와 제네바 공화국 사이에서도 무관세 교역이 이루어졌다.

제네바 공화국은 1798년 프랑스에 병합되었다가 1813년 독립한 후 1815년 스위스 연방의 구성원으로 받아들여졌다. 한편, 1815년 파리 조약은 칁크 자유지대(Zone de Gex)를 다시 부활시켰고, 1816년 프랑스와 사르디니아 간 체결된 투린 조약도 이와 유사한 사르디니아 지대(Zone Sarde)를 창설했다. 1860년 사르디니아는 프랑스에 병합되었다. 1860년 4월 22일 실시된 주민 투표에서 오토 사부아 지역 주민들은 동 지역이 자유지대로 운영된다는 조건 하에 프랑스로의 병합에 찬성한다는 의사를 표명했다. 이에 따라 ‘사부아 대(大) 지대(Grande Zone de Savoie)’ 혹은 ‘병합 지대(Zone of Annexation)’라고 불리는 지역이 창설되었다. 스위스가 사드 지대에서 조약을 통해 무관세 교역을 보장받았던 반면, 사부아 대 지대에서 무관세 교역은 전적으로 프랑스 정부의 의사에 달린 일이었다.

1919년 프랑스 정부는 베르사유 조약을 체결함으로써 자유지대 전체를

---

244) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22. PCIJ의 명령에 대해서는 Statute of the Permanent Court of International Justice 제48조 참고.

245) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Second Phase)*, Order of 6 December 1930, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 24.

246) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46.

247) 사건의 배경에 대해서는 다음을 참고. L. Schulthess, ‘The Franco-Swiss Free Zones’, *Foreign Affairs*, Vol. 3, Issue 2 (15 December 1924), pp. 331-334.

철폐할 의도로 스위스와 협상을 시작했다. 협상 결과 베르사유 조약 제 435조가 기초되었다. 동조에 따르면, 상부 사부아 지역과 켈스 지구의 자유지대는 현 상황에서 더 이상 유지될 수 없으며, 동 지역의 새로운 지위를 정하는 것은 프랑스와 스위스에게 맡겨진다. 스위스 정부는 1919년 5월 5일 외교 공문을 통해 자유지대의 무조건적 철폐에 동의할 수 없으며 현 경제 상황에 맞추어 자유지대 관련 규정을 변경할 의사는 있다고 선언했다. 그러나 프랑스는 자국의 국경과 관세선이 일치하기를 원했다. 결국 스위스의 양보로 양국은 1921년 8월 7일자 조약을 통해 프랑스의 국경과 관세선 일치에 합의했다. 스위스의 손해를 상쇄하기 위한 몇 가지 보상안도 마련되었다. 그러나 동 조약은 비준을 위한 스위스 국민 투표에서 부결되면서 결국 발효하지 못했다. 1923년 프랑스는 관세선을 국경과 일치시켰다는 일방적 결정을 스위스에 통보했다. 스위스가 이에 반발하면서 동 사건은 PCIJ에 회부되었다.

이 사건에서는 베르사유 조약 제435조의 해석 문제가 주요 쟁점으로 대두되었다. 프랑스는 동조가 자유지대를 창설한 기존 조약들을 폐지할 의도를 담고 있는 것으로 보았던 반면, 스위스는 양국의 합의가 있어야만 자유지대 창설 조약들을 폐지할 수 있음을 동조가 확인하고 있을 뿐이라고 주장했다.

이 사건에서 문제된 세 가지 자유지대 창설 조약들을 정리하면 다음과 같다. ① 1815년 11월 20일자 파리 조약으로 켈스 자유지대가 창설되었고, ② 1815년 11월 3일자 의정서 및 1816년 3월 16일자 투린 조약으로 사르디니아 자유지대가 창설되었으며, ③ 1816년 투린 조약 제3조 및 1829년 9월 8일자 사르디니아 왕실 제정 기구 선언문으로 생장골프 자유지대(Zone de Saint-Gingolph)가 창설되었다.<sup>248)</sup> 사르디니아 자유지대와 생장골프 자유지대에 관해서는 별다른 문제가 제기되지 않는다. 스위스는 1816년 투린 조약의 직접적인 당사국이었으며, PCIJ는 동 조약이 폐기되지 않았다고 판단했기 때문이다.<sup>249)</sup> 문제는 켈스 자유지대를 창설하

248) 세 가지 자유 지대의 구체적 창설 배경에 대해서는 프랑스가 제출한 서면을 참고. *Mémoire présenté au nom du Gouvernement de la République Française* (5 Septembre 1928), Publications of the P.C.I.J., Series C, No. 17/1, pp. 510-517.

는 조약에 있었다. 스위스는 1815년 파리 조약 및 의정서의 당사국이 아닌 제3국에 불과했다.

그럼에도 불구하고 PCIJ는 1815년 파리 조약 및 의정서의 당사국들이 스위스에게 젝스 자유지대에 관한 권리를 부여할 의도를 가졌다고 판단했다. 다만 이러한 판단은 사실관계 검토를 통해서 내린 것이며, ‘제3국을 위한 조약(*stipulation pour autrui*)’ 이론에 대해서는 판단하지 않겠다고 덧붙였다.<sup>250)</sup>

Nyholm 재판관은 이러한 다수의견에 반대하면서, 스위스는 1815년 파리 조약의 당사국이 아닐뿐더러 조약상 전혀 언급되지 않았기 때문에 젝스 자유지대에 관한 파리 조약상 권리가 인정되지 않는다고 보았다. 다수의견이 ‘제3국을 위한 조약’ 이론에 대해 유보적 입장을 취했던 것과 달리, Nyholm 재판관은 동 이론을 정면으로 비판했다. 그에 따르면, 이는 민법상 개념으로 국제관계에서는 국가주권의 원칙에 반하기 때문에 적용될 수 없다. 또한 제3국을 위한 조약은 일방적 성격을 가지는 반면, 국제사회에서 국가들은 쌍방적 관계를 이루고 있다. 이러한 조약의 이행 역시 여러 난제를 수반한다.<sup>251)</sup>

Dreyfus 재판관 역시 동 이론에 대해 비판적이었다. 즉 제3자를 위한 계약은 사법상 개념으로 각국의 법체계에 따라 법적 성질 및 효과 면에서 큰 차이를 보인다. 따라서 국제공법상 이를 인정하기는 어려울 것이다. Dreyfus 재판관은 Anzilotti 재판소장의 견해를 인용하면서 제3자를 위한 계약은 국제법의 일반적 구조에 반하는 것이라고 설명한다.<sup>252)</sup> Anzilotti에 따르면, 제3자를 위한 계약을 통해 제3자는 곧바로 계약 이행 청구권을 갖는다. 반면, 국제법체계의 특성상 제3국을 위한 조약에서 제3국에게 급부 청구권이 바로 인정될 수 없고, 조약 당사국과 제3국 간

---

249) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22, pp. 18-19.

250) *Ibid.*, p. 20.

251) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Opinion by M. Nyholm, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22, pp. 26-27.

252) *Ibid.*, Opinion by M. Dreyfus, pp. 43-44.



별도의 합의가 있어야만 가능하다.<sup>253)</sup>

하버드 초안에 따르면, Negulesco 재판관 역시 제3국을 위한 조약 개념에 비판적이었다.<sup>254)</sup> 그러나 실제로 Negulesco 재판관은 위에서 언급한 두 재판관보다는 훨씬 덜 엄격한 입장을 취했다. 그는 제3국에 권리를 부여하는 조약이 존재할 수 있다고 보았다. 다만 제3국을 위한 조약 그 자체로부터 제3국의 권리가 도출될 수는 없고, 제3국과 조약 당사국 간 체결된 별도의 합의가 원 조약에 첨부될 것이 요구된다. 원 조약에 부속된 별도의 합의를 통해 제3국은 조약 당사국의 이행을 청구할 수 있다. 그러나 모든 제3국이 이렇게 할 수 있는 것은 아니며, 원 조약에 제3국의 국가명이 분명히 언급되어야 가능하다. 비록 국가명에 대한 아무런 언급 없이 제3국에 권리를 부여하는 조약이 가능하더라도, 그 조약이 폐지되기 위해 그 제3국의 동의가 반드시 요구된다고 볼 수는 없다.<sup>255)</sup>

1932년 본안 단계로 와서는 제3국을 위한 조약 개념이 본격적으로 논의될 여지가 없었다. 쟁스 자유지대에 관한 스위스의 권리는 1815년 파리 조약 이외 다른 부수적 문서들을 통해 인정되었다.<sup>256)</sup> 다만 PCIJ는 제3국을 위한 조약 문제를 다음과 같이 설명한다. 제3국에 이익을 주는 조약 규정이 그 제3국에 대해 법적 권리를 부여할 목적을 가진다고 쉽게 추정되어서는 안 된다. 다만 주권 국가들이 이러한 목적과 효과를 의도하는 것을 막을 방법은 없다. 따라서 제3국이 조약상 권리를 가지는지 여부는 각 사안에서 개별적으로 판단해야 할 것이다. 이때 조약 당사국들이 제3국에 대해 실제 법적 권리를 부여할 것을 의도했는지 반드시 확인해야 한다.<sup>257)</sup>

사건 전체를 살펴보면, 대다수 재판관들은 제3국을 위한 조약이 국제

---

253) Anzilotti, *supra* note 71, p.424.

254) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 933.

255) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Opinion by M. Negulesco, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22, pp. 36-38.

256) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46, pp. 145-147.

257) *Ibid*, pp. 147-148.

법상 허용되지만, 제3국의 조약상 권리는 쉽게 추정될 수 없다고 보았다. 하버드 초안 주석에 따르면, 제3국을 위한 조약 개념을 인정한 재판관은 총 9명이었고, 이를 비판한 재판관은 총 5명이었다.<sup>258)</sup> 따라서 *Free Zones* 사건은 제3국 권리 부여 조약을 체결할 수 있는 국가의 주권을 인정했다고 평가된다.<sup>259)</sup>

마지막으로 살펴볼 하버드 초안상 주요 쟁점은 제3국의 권리에 관한 조약 규정이 그 국가의 동의 없이 임의로 폐지될 수 있는지 여부이다. 하버드 초안 제9조 (b)항에 따르면, 제3국은 ‘해당 규정이 조약 당사국 간 계속해서 효력을 갖는 한 동 규정상 혜택을 주장할 권리가 있다.’ 주석은 이러한 규정이 제3국의 동의 없이 폐지될 수 있다고 설명한다. 물론 신의칙에 따라 조약 당사국들은 제3국에게 해당 규정 폐지 의도를 통보해야 할 것이며, 제3국이 이러한 통보를 받기 전 혜택을 향유하기 위해 한 선의의 행위들은 국제책임을 야기하지 않는다.<sup>260)</sup>

만약 제3국 권리 부여 규정의 폐지 시 그 국가의 동의가 요구된다면, 이는 당사국 간 합의로서 조약이 종료된다는 조약법상 기본 원칙에 반한다. 또한 국가들은 제3국을 위한 조약 체결을 기피하게 될 것이다. 그러므로 제3국이 조약상 향유하는 혜택 및 이익은 언제든지 사라질 수 있는 불확실성을 내포한 것으로 이해되어야 한다.<sup>261)</sup> *Free Zones* 사건의 일부 재판관들도 제3국 권리 규정 폐지 시 그 국가의 동의가 요구되지 않는다고 보았다.<sup>262)</sup> 한편, 1969년 비엔나 조약법협약은 일정한 경우에는 제3국

---

258) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 934-935. 물론 Negulesco, Altamira, Hurst 재판관의 개별 의견을 달리 해석하여 제3국 권리 부여 조약에 비판적이지 않았다고 볼 여지도 있다. Cf. ‘Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur’, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 23, para. 14; p. 24, para. 16.

259) Ibid, p. 936.

260) Ibid, p. 937.

261) Ibid.

262) *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, Opinion by M. Negulesco, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 38; *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Dissenting Opinion of M. Altamira and Sir Cecil Hurst, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 185.

의 동의가 요구된다고 규정한다(제37조 2항).

## 2. Fitzmaurice 초안

앞서 살펴보았듯이, Fitzmaurice 초안은 조약상 제3국에 의무를 부과하는 경우와 권리를 부여하는 경우를 구분해서 규정한다. 각 경우는 또다시 직접적·적극적 효과와 간접적·부수적 효과로 나누어진다. 직접적·적극적 효과란 ‘조약상 권리의무, 혹은 이와 유사하거나 상응하는 권리의무’를, 간접적·부수적 효과란 ‘조약상 권리의무가 아닌, 조약과 관련되는 권리의무’를 발생시키는 것을 의미한다. 후자의 경우, 제3국에 의무를 부과하는 조약과 권리를 부여하는 조약 간 큰 차이가 없다. 전자의 경우는 그렇지 않다. 여기서는 직접적·적극적 효과를 집중적으로 조명할 것이다. 간접적·부수적 효과는 객관적 체제 설정 조약과 관련해서 살펴보기로 한다.

제3국에 의무를 부과하는 조약의 직접적·적극적 효과는 다음 두 가지로 나뉜다. ① 제3국의 자율적 의사에 따른 효과, ② 기존 법규의 적용에 따른 효과. 한편, 제3국에 권리를 부여하는 조약의 직접적·적극적 효과는 세 가지로 나뉜다. ① 조약 당사국의 행위에 의해서만 발생하는 효과, ② 제3국의 참여에 의해 발생하는 효과, ③ 기존 법규의 적용에 따른 효과. 제3국 의무 부과 조약의 효과와 비교했을 때, ‘조약 당사국의 행위에 의해서만 발생하는 효과’가 추가적으로 언급된다.

Fitzmaurice 초안이 제3국 권리 부여 조약의 경우에만 이러한 효과를 언급한 이유는 무엇인가? 초안 주석이 특별히 설명하지는 않았지만, 이는 상당히 중요한 의미를 내포한다. 생각건대, 초안은 제3자적 조약에서 법적 의무를 부담하는 측에 더 세심한 주의를 기울인 듯하다. 즉 제3자적 조약에 의해 일방이 과도한 법적 부담을 지지 않도록 한 것이다. 제3국에 의무를 부과하는 조약의 경우, 의무를 부담하는 측은 제3국이다. 따라서 제3국의 입장에 초점을 맞춰 제3국의 어떤 행위가 법적 의무를 발생시킬 수 있는지를 5개의 조항을 할애해서 다뤘다. 반면, 제3국에 권

리를 부여하는 조약에서 의무를 부담하는 측은 조약 당사국이다. 여기서는 조약 당사국들의 어떤 행위가 제3국에 대한 법적 의무를 발생시킬 수 있는지가 중요한 문제가 된다. 따라서 제3국 권리 조약에서 초안은 제3국보다는 조약 당사국들의 행위에 초점을 맞춘다. 이 점을 염두에 두고 제3국 권리 부여 조약에 관한 초안의 내용을 살펴보기로 하자.

우선, 조약 당사국들은 조약에서 명시적으로 제3국에게 일정한 권리나 혜택을 부여한다고 규정하거나(제20조), 또는 제3국에 대한 기존 법적 장애를 제거한다고 규정함으로써(제21조) 제3국에 유리한 효과를 발생시킬 수 있다. 제3국에 대한 불리한 효과와 마찬가지로, 유리한 효과에도 여러 가지 유형이 존재하며, Fitzmaurice 특별보고관은 각 유형을 별개의 조항에서 다룬다.<sup>263)</sup>

조약 당사국들이 제3국에 일정한 권리나 혜택을 부여한다고 규정하는 것은 이러한 조약이 ‘제3국을 위한 조약(*stipulation pour autrui*)’에 해당함을 의미한다. 주석에 따르면, 어떠한 조약을 제3국을 위한 조약으로 보기 위해서는 ① 확실한 규정(*stipulation*)이 존재하며, ② 제3국을 위한 것(*pour autrui*)으로 의도되어야 한다.<sup>264)</sup> 이 중 특히 조약 당사국들의 의도가 중요하다. 즉 당사국들은 제3국이 법적 권리로 원용할 수 있는 일정한 권리 및 혜택을 부여하도록 의도했어야 한다.<sup>265)</sup> 당사국들은 제3국과의 법적 관계, 즉 제3국이 자신에게 부여된 권리를 향후 주장할 수 있을 정도로 확실한 법적 관계를 창설할 의도를 가져야 한다.<sup>266)</sup>

하버드 초안과 마찬가지로 Fitzmaurice 초안 주석도 ‘제3국을 위한 조약(*stipulation pour autrui*)’ 개념이 국제법상 인정될 수 있는지에 관한 논의를 소개한다. Fitzmaurice 초안은 하버드 초안 주석보다도 더 확고한 논조로 이를 긍정한다. 한편, 이 개념이 국제법과 아무런 관계가 없으며, 조약 당사국이 제3국에 의도적으로 일정한 혜택을 부과한 경우에도 제3국에게 법적 권리가 인정될 수 없다는 반론도 제기된다.<sup>267)</sup> 그러나

263) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 74, para. 6.

264) Ibid, p. 102, para. 83.

265) Ibid.

266) Ibid.

267) Ibid, p. 103, para. 85.

Fitzmaurice 특별보고관은 국제실행을 고려할 때 제3국을 위한 조약을 긍정하는 것이 타당하다고 보았다.<sup>268)</sup> Fitzmaurice 초안 제20조 1항도 제3국을 위한 조약에서 제3국은 ‘해당 조항상 혜택을 주장할 법적 권리를 갖는다’ 라고 규정한다.<sup>269)</sup>

Fitzmaurice 초안 제20조 2항에 따르면, 제3국이 조약상 권리를 향유하기 위해 해당 조약 규정에서 제3국의 국가명이 언급될 필요까지는 없다. 조약의 문맥이나 조약 체결 당시 상황으로 보아 수혜국이 특정될 수 있거나 하면 충분하다.<sup>270)</sup> 이는 위에서 살펴본 하버드 초안의 입장<sup>271)</sup>과 동일하다.<sup>272)</sup> 다만, 유의할 점은 수혜 대상국이 반드시 특정될 수 있어야 한다는 사실이다. 아래 제4장에서 살펴보겠지만, 제3자적 조약과 구별되는 객관적 체제 설정 조약의 특징은 제3자가 특정되지 않는다는 점에 있다. 객관적 체제 설정 조약은 일반적, 추상적 제3국을 전제한다.

제3국이 조약상 급부청구권을 갖는다는 것은 제3국에 채무국의 채무불이행을 이유로 한 손해배상청구권이 귀속됨을 의미한다(제20조 3항). 만약 조약 당사국에게만 손해배상청구권이 인정된다면, 제3국의 조약상 법적 권리가 제대로 보전되지 못할 수 있다.<sup>273)</sup> 제3국의 조약상 권리 행사에 일정한 조건이 부가될 수도 있다. 이때 제3국이 그 조건을 수락해야 비로소 권리 행사가 가능하다<sup>274)</sup>.

조약상 제3국 권리 관련 규정을 개정 및 폐지할 경우, 제3국의 동의가 반드시 필요한가? Fitzmaurice 초안 제20조 4항에 따르면, 원칙적으로는 제3국의 동의가 요구되지 않는다. 만약 제3국의 동의가 반드시 요구된다고 한다면 제3국이 적어도 해당 조항에 있어서는 조약 당사국에 준하는 지위를 갖게 되기 때문이다.<sup>275)</sup> 제3국을 위한 조약 이론의 지지자들도

---

268) Ibid.

269) Ibid, p. 81.

270) Ibid.

271) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 935.

272) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 103, para. 86.

273) Ibid, para. 87.

274) Ibid.

275) Ibid, pp. 103-104, para. 89.

제3국이 이 정도로 강력한 지위를 갖는다고 보진 않았다.<sup>276)</sup>

그러나 다음의 네 가지 경우에는 예외적으로 제3국의 동의가 필요하다(제20조 4항 단서).<sup>277)</sup> 첫째, 조약의 내용상 제3국의 동의 없이 해당 규정을 폐지하지 않을 것에 당사국들이 합의한 경우. 예컨대, 당사국들이 무기한으로 또는 일정 기간 동안 해당 규정을 유지하기도 조약에 명시한 경우를 생각해 볼 수 있다. 조약상 당사국들과 제3국 간 관계의 성질상 제3국의 동의가 요구되는 경우, 또는 조약에 명시적으로 제3국의 동의가 요구된다고 규정하는 경우도 있을 수 있다. 둘째, 해당 조약 규정이 처분적 성격을 가지며 이미 이행된 경우. 셋째, 제3국이 처한 상황이 변화되어 해당 규정이 변경 및 폐지된다면 당초 예상보다 더 심각한 피해를 초래할 경우. 넷째, 해당 규정이 제3국에 대한 기존의 법적 장애를 제거하는 방식으로 제3국에 혜택을 부여하는 경우. 제3국에 대한 기존 법적 장애 제거는 조약 당사국들이 제3국에 유리한 효과를 발생시키는 방식 중 하나로 제21조에서 규정한다.

제3국이 일방적 선언을 통해 조약상 의무를 수락할 수 있는 것과 반대로, 일국이 일방적 선언으로서 타국에 권리를 부여할 수도 있다. 이때 선언을 행하는 국가를 제외한 다른 모든 국가들이 제3국이 된다. 일방적 선언으로 법적 권리를 부여받은 제3국은 조약의 제3국과 마찬가지로 급부청구권 및 손해배상청구권 등이 인정된다(제22조 1항 및 2항). 일방적 선언으로 부여된 권리는 원칙적으로 이를 부여받은 제3국의 동의 없이 변경 및 폐지될 수 있다(제22조 2항).

다음으로, 제3국에 대한 유리한 효과가 제3국의 행위로서 완성되는 경우를 살펴보자. 이는 두 가지 경우로 나뉘며, 두 경우 모두 제3국의 행위 자체보다는 조약 당사국들의 의도가 강조된다. 첫째, 조약 당사국과 제3국의 공동 행위로 유리한 효과가 발생하는 경우. 여기에는 두 가지 유형이 있다. ① 조약상 제3국의 참여 권리가 이미 규정된 경우, 제3국이 이를 행사하기로 결정할 수 있다(제23조). 제3국이 조약 참여 권리를 행사하면 더 이상 제3국이 아니게 된다.<sup>278)</sup> ② 조약 당사국들과 제3국이

276) Ibid, p. 104, para. 89.

277) 각 경우에 대한 구체적 설명은 ibid, p. 104, para. 90 참고.

별도의 조약을 체결함으로써 제3국이 원 조약상 규정된 것과 유사한 권리를 향유하게 될 수도 있다(제24조). 최혜국대우 조항이 그 대표적 예다.<sup>279)</sup>

둘째, 조약 당사국들의 동의하에 제3국의 의무 이행이 그 국가에 대한 유리한 효과를 자동적으로 수반하도록 예정된 경우, 조약 당사국과 제3국의 공동 행위로 인한 효과가 직접적 효과에 해당한다면, 자동 수반의 경우는 간접적 효과에 해당한다. 즉 제3국이 조약상 의무를 이행함으로써 자동적으로 일정한 권리가 따라올 수 있다(제25조). 제3국이 특정 영역을 이용함으로써 혜택을 보려는 경우, 영역 이용에 관한 조약상 조건 준수가 요구될 수도 있다(제26조). 후자는 객관적 체제 설정 조약의 논의와 밀접한 관련이 있으므로, 구체적인 내용은 제3장에서 보기로 한다.

### 3. Waldock 초안

#### (1) 초안 제62조 2항

Waldock 초안은 제3국에 의무를 부과하는 조약에 비해 권리를 부여하는 조약에 더 많은 부분을 할애한다. 의무 부과 조약은 제62조 1항에서만 규정하는 반면, 권리 부여 조약은 제62조 2항, 3항, 4항에서 규정한다. 이는 제3국에 대한 권리 부여가 의무 부과보다 더 까다로운 문제임을 반영한 것이다. Waldock 특별보고관은 그 이유를 다음과 같이 설명한다. 제3국의 동의가 갖는 의미는 의무 부과와 권리 부여에 있어 각각 다르게 파악되어야 한다. 조약 당사국들은 제3국에 권리를 일방적으로 부과할 수는 없다. 제3국이 자신의 의사에 따라 언제든지 권리를 포기할 수 있기 때문이다. 의무 부과에 있어 제3국의 동의가 필요한지 여부는 그 주권 및 독립성에 대한 부당한 침해 가능성과 연관된다. 반면, 권리 부여에 있어 제3국의 동의는 그 권리의 주장 가능성과 관련된다.<sup>280)</sup>

---

278) Ibid, p. 105, para. 94.

279) Ibid, para. 98.

280) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 21, para. 5;

Waldock 특별보고관은 제3국의 입장에서만 동의 문제를 고찰한다. 그러나 문제의 본질을 제대로 파악하기 위해서는 조약 당사국과 제3국의 입장 모두를 포괄적으로 고려할 필요가 있다. 특히 문제된 제3자적 조약에서 의무를 부담하는 측이 누구인지를 생각해보아야 한다. 앞서 Fitzmaurice 초안은 이러한 관점에서 제3자적 조약 문제를 다루었음을 확인했다. 제3국 의무 부과 조약에서 부당하게 주권을 침해당할 우려가 있는 국가는 제3국이다. 제3국은 가능한 한 엄격한 방식으로 동의의 존재가 추정되기를 원할 것이다. 반면, 제3국 권리 부여 조약에서 주권이 부당하게 제약될 가능성이 있는 국가는 제3국에 급부 제공 의무를 가진 조약 당사국이다. 이러한 채무국의 입장에서는 제3국에 대한 급부 제공 의무가 최대한 엄격하게 인정되는 것이 유리하다. 따라서 제3국의 분명한 동의가 있어야만 급부 제공 의무가 발생한다고 주장할 것이다.

조약 자체의 효력만으로 제3국에 대해 실제 권리를 창설할 수 있는가? 학계에서는 견해가 대립한다. 우선, 조약 자체의 효력만으로는 이것이 불가능하다는 입장이 있다.<sup>281)</sup> 이에 따르면 조약은 제3국에 단지 혜택만 부여할 수 있고, 제3국과의 별도의 합의, 즉 부수적 합의가 있어야만 제3국이 법적 권리를 가질 수 있다. 이때 원 조약 당사국들이 문제의 조약 규정으로 제3국에게 법적 권리를 부여할 의도를 가졌어야 한다. 당사국들은 조약 규정으로서 제3국에게 청약을 하며, 제3국은 별도의 합의로 승낙의 의사표시를 하는 셈이다. 이 과정을 통해 조약 당사국과 제3국 간 일종의 계약관계가 성립한다. 만약 제3국의 승낙, 즉 부수적 합의가 존재하지 않는다면, 조약 당사국들은 제3국에 혜택을 부여하는 조약 규정을 자유롭게 변경·폐지할 수 있다. 제3국 동의 필요설은 국제법상 제3국을 위한 조약(*stipulation pour autrui*) 개념이 인정될 수 없다고 본다.

---

Ibid, p. 26, para. 22.

281) Ibid, para. 6. See e.g. C. Rousseau, *Droit International Public*, Tome I (Paris: Sirey, 1970), pp. 190-192; McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, pp. 309-313; G. Salvio, 'Les Règles Générales de la Paix', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 46 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1933), pp. 29-30; M. Fitzmaurice, 'Third Parties and the Law of Treaties', *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, pp. 48-51; Cahier, *supra* note 19, pp. 638-640.



조약 당사국의 의사만으로 제3국에 곧바로 법적 권리가 주어지지 않으며, 조약 당사국과 제3국 간 부수적 합의가 있어야만 제3국에 법적 권리가 인정될 수 있다는 것이다.

한편, 제3국을 위한 조약 개념을 긍정하면서 조약 당사국들의 의사만으로 제3국에 권리를 부여할 수 있다는 견해<sup>282)</sup>도 있다. 이 입장은 제3국의 동의보다 조약 당사국들의 의도를 더 중요하게 여긴다. 조약 당사국들의 의도를 기준으로 제3국에 단순한 혜택을 주는 조약과 법적 권리를 부여하는 조약이 구별된다. 후자의 경우 제3국은 자신에게 혜택을 부여하는 조약 규정을 직접 원용할 수 있는 법적 권리를 가진다. 이러한 권리는 조약 당사국과 제3국 간 부수적 합의 여부와 관계없이 존재한다. 조약 당사국들이 제3국에 대해 법적 권리 부여를 의도했다면, 제3국의 동의 여부와 관계없이 바로 제3국에 법적 권리가 발생한다. 제3국 권리 부여 조항의 지속 여부도 조약 당사국들의 의사에 전적으로 달린 문제이다. 즉 제3국의 동의 없이 해당 조항을 변경·폐지할 수 있다. Waldock 특별보고관은 두 번째 입장인 조약 당사국 의사설이 최근 국가관행을 더 잘 반영한다고 보았다.<sup>283)</sup>

조약 당사국 의사설이 반영된 Waldock 초안 제62조 2항은 다음과 같이 규정한다. ‘국가는 다음의 경우에 자신이 당사국이 아닌 조약상 권리를 원용할 수 있다. (a) 그 국가 또는 그 국가가 속한 국가 집단이 주장할 수 있는 실제 권리를 문제의 조항이 부여하도록 조약 당사국들이

---

282) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 21, para. 7. See e.g., J. Brierly, *The Law of Nations*, 5th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1955), pp. 251-252; E. de Aréchaga, 'Treaty Stipulations in Favor of Third States', *American Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 2 (1956), pp. 351-355; Rozakis, *supra* note 21, p. 19; G. Napoletano, 'Some Remarks on Treaties and Third States under the Vienna Convention on the Law of Treaties', *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 3 (1977), pp. 87-91; Sir G. Fitzmaurice, Fifth Report on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1960, Vol II, pp. 102-103, paras. 82-86; Harvard Research Draft, 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 930-935; R. Monaco, 'Cours Général de Droit International Public', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 125 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1968), pp. 171-172.

283) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 22, para. 8.

의도하였으며, (b) 그 국가가 그 권리를 명시적 또는 묵시적으로 거부하지 아니한 경우.’ 여기서 가장 중요한 것은 조약 당사국들이 제3국에 대해 단순 혜택이 아니라 법적 권리를 부여할 의도를 가진다는 점이다. 조약 당사국들의 의도만으로 제3국에 권리가 주어지며, 제3국은 이 권리를 거부하지 않은 이상 어느 때나 이를 행사할 수 있다.<sup>284)</sup>

제62조 3항도 조약 당사국 의사설을 잘 반영한다. ‘해당 규정은 권리를 부여받은 제3국의 동의 없이 조약 당사국들에 의해 일방적으로 변경되거나 폐지될 수 있음이 원칙이다. 다만 다음의 경우에는 그렇지 아니하다. (a) 조약 당사국들이 제3국과 권리 부여에 관한 특별한 합의를 한 경우, (b) 조약의 문언, 체결 당시의 상황, 또는 당사국들의 성명으로부터 이와 반대되는 의도가 드러나는 경우.’ 제63조 3항상 원칙과 예외 모두 조약 당사국들의 의도를 가장 중시한다. (a)와 (b)에 모두 해당되는 사례로는 *Free Zones* 사건 판결이 있다. 다수의견은 스위스에 일정한 권리를 부여하는 문제의 조약 규정이 스위스의 동의 없이는 폐지될 수 없다고 보았다. Waldock 특별보고관은 그 이유를 다음과 같이 설명한다.<sup>285)</sup> 문제의 조항과 관련된 스위스 국경에 관한 영토적 합의는 장기간 지속될 것이 예정되었다. 즉 조약 당사국들이 해당 조항이 계속 적용되도록 의도한 것이다. 더 나아가, 권리 창설에 관해 제3국과 조약 당사국 간 이미 특별한 부수적 합의가 있었던 상황이었다. 따라서 문제의 조항을 폐지하기 위해서는 스위스의 동의가 필수적이었다.

초안 제62조 1항과 2항은 구조적으로 유사하나 내용상으로는 큰 차이가 있다. 이는 제3국 의무 부과 조약과 제3국 권리 부여 조약에 대한 Waldock 특별보고관의 입장차를 잘 반영한다. 특별보고관은 전자에 대해서는 제3국의 동의를, 후자에 대해서는 조약 당사국의 의도를 강조한다. 제3국 의무 부과 조약이 존재하기 위해서는 ① 조약 당사국들이 제3국에 대한 법적 의무 부과를 의도했으며, ② 그 제3국이 해당 조항에 명시적 혹은 묵시적으로 동의해야 한다. 반면, 제3국 권리 부여 조약이 있기 위

284) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 25, para. 21;

Ibid, p. 26, para. 22.

285) Ibid, p. 26, para. 23.

해서는 ① 조약 당사국들이 제3국에 대한 법적 권리 부여를 의도했으며, ② 그 제3국이 해당 권리를 명시적 혹은 묵시적으로 거부하지 않았어야 한다. 만약 제3국이 아무런 의사도 표시하지 않는다면, 의무 부과 조약에 있어 의무 부존재가 추정되며, 권리 부여 조약에 있어서는 권리 존재가 추정된다. 한편, 이러한 제62조 1항과 2항 간 비대칭성을 비판하면서, 제3국 의무 부과와 권리 부여의 경우에 있어 제3국 동의의 의미를 동일하게 봐야 한다는 견해도 있다.<sup>286)</sup>

Waldock 특별보고관은 제3국 권리 부여 조약에 관한 국가실행을 국제연맹 이전 시기, 국제연맹 시기, 국제연합 시기로 나누어 검토한다. 국제연맹 이전 시기에 있었던 일부 국가 실행에서 조약 당사국들은 제3국에 대해 법적 권리를 부여할 의도를 전혀 갖지 않았다. 그러나 국제적 처분 조약과 같이 소수 강대국이 공공의 이익 수호의 명분 하 체결한 조약의 사례도 적지 않다. 대표적인 예로 국제 수로 및 해로 이용에 관한 조약, 보장 조약, 비무장화·중립화 조약, 소수민족 보호에 관한 조약 등이 있다. 수로 및 해로 개방에 관한 조약 등 일부 조약들은 제3국에게 일견 사용자로서 권리를 부여하는 것처럼 보이기도 한다. Waldock 특별보고관은 이러한 특별한 유형의 조약들을 ‘객관적 체제 설정 조약’이라고 통칭하면서, 이러한 조약으로 인해 추후 제3국을 위한 조약 개념이 국제법상 비교적 쉽게 도입될 수 있었다고 평가한다.<sup>287)</sup>

제1차 세계대전 이후, 1919년 베르사유 조약 등 비당사국에 일정한 혜택을 부여하는 조약들이 여러 차례 체결되었다. 제3국이 조약상 권리를 주장할 수 있는지의 쟁점도 국제재판소에서 몇 번 다뤄졌다. 앞에서 살펴본 *German Interests in Polish Upper Silesia* 사건, *Austro-German Customs Union* 사건, *Åland Islands* 사건, *Free Zones* 사건 등이 대표적 사례이다. 이 사건들에서 제3국을 위한 조약 개념은 긍정되지도 부정되지도 않았다. 한편, Waldock 특별보고관은 *Free Zones* 사건이 동 개념을

286) Reuter 위원, 736th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 83, para. 35. Cf Verdross 위원, *ibid*, p. 81, para. 8; Rosenne 위원, *ibid*, p. 85, para. 49; De Aréchaga 위원, 737th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 87, para. 6.

287) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 22, para. 10.

공정하는 선례로 인정될 수 있다고 보았다.<sup>288)</sup>

제2차 세계대전 이후 체결된 평화조약들은 제1차 세계대전 때와 마찬가지로 제3국에 일정한 혜택을 부여하는 조항들을 포함한다.<sup>289)</sup> 제3국에서 평화조약이 문제된 사례로는 미국과 핀란드 평화조약, 우루과이와 이탈리아 평화조약 등이 있다.<sup>290)</sup> 제2차 세계대전 이후에도 객관적 체제 설정 조약이 체결되었다. Waldock 특별보고관은 그 예로 보호령 및 신탁통치 협약과 UN헌장을 언급한다.<sup>291)</sup> 특별보고관은 조약상 제3국 권리 부여를 객관적 체제 창설 조약의 한 측면으로 설명한다. 그러면서 제3국 권리 부여 조약과 구별되는 독자적 범주로서 객관적 체제 창설 조약이 존재한다고 보았다.<sup>292)</sup>

## (2) 국제법위원회 회의

### 1) 제3국 동의의 의미

Waldock 초안 제62조 2항에 대한 국제법위원회 회의에서도 제3국 동의의 의미가 핵심 논점이었다.<sup>293)</sup> 이와 관련하여, ① 조약 자체로서 제3국의 권리를 창설할 수 있으며, 제3국의 동의란 단순히 권리를 수락하는 의사 표시에 불과하다는 견해와, ② 제3국의 동의는 조약 당사국과 제3국 간 부수적 합의 체결을 의미한다는 견해가 대립했다.

---

288) Ibid, p. 24, para. 17.

289) Ibid, p. 24, para. 18; De Aréchaga, 'Treaty Stipulations in Favor of Third States', *supra* note 282, p. 338.

290) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, pp. 24-25, paras. 18-19; De Aréchaga, 'Treaty Stipulations in Favor of Third States', *supra* note 282, pp. 338-340.

291) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 25, para. 20.

292) Ibid.

293) Waldock 특별보고관은 핵심 논점이 조약이 제3국에 권리를 부여하기 위해 동의가 필요한지 여부였다고 설명한다. Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 70, para. 2. 한편, Ago 위원과 Yasseen 위원, 그리고 Tunkin 위원은 이를 제3국 권리의 근원 문제로 보았다. 736th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 84, para. 38; *ibid*, p. 85, para. 53; *ibid*, para. 58.

①설(제3국 동의 불요설)을 지지한 위원들에 따르면, 조약이 제3국에 권리를 부여하기 위해서는 당사국들의 의사만 있으면 충분하다.<sup>294)</sup> 즉 제3국의 권리는 조약 자체에 근거하며 조약이 발효함과 동시에 제3국이 이를 원용할 수 있다.<sup>295)</sup> 또한 조약 당사국들이 제3국에 부여한 권리를 임의로 변경 및 폐지할 수 있다. 제3국의 권리 수락이 부수적 조약의 성격을 갖지 않기 때문이다.<sup>296)</sup> 또한 ‘부수적 합의’란 단순히 제3국의 동의 표시에 불과하다.<sup>297)</sup> 제3국의 권리 수락이 부수적 합의의 형태로 이루어지는지 여부보다는 제3국의 진정한 의사가 무엇인지가 더 중요하다.<sup>298)</sup> 제3국에 권리를 부여하는 조약의 경우, 제3국이 아무런 조치를 취하지 않을 경우 수락의 의사가 추정될 수 있다.<sup>299)</sup> 제3국 권리 부여 조약은 제3국에 권리를 부여하는 것보다는 조약 당사국들이 제3국에 대해 의무를 갖게 된다는 점에서 중요하다.<sup>300)</sup> 제3국 권리의 변경 및 폐지에 있어서도, 실제로 항상 제3국의 동의가 요구된 것은 아니었다.<sup>301)</sup>

한편, ②설(제3국 동의 필요설)을 지지한 위원들에 의하면, 제3국의 동의 의사는 분명한 형태로 표시되어야 한다. 권리의 경우에도 제3국의 의사에 반하여 강요될 수 없기 때문이다.<sup>302)</sup> 이때 조약 당사국들과 제3국은 계약 관계에 있다.<sup>303)</sup> 즉 조약 당사국들은 단지 제3국에게 권리 부여를 제안만 할 수 있고, 이를 수락할지 여부는 전적으로 제3국에게 달려 있다.<sup>304)</sup> 제3국의 권리는 조약 당사국들의 의도가 아닌 제3국의 동의에 근거한다.<sup>305)</sup> 제3국의 권리 행사는 조약 당사국들의 제안을 수락한 것으

294) Verdross 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 81, para. 8

295) De Aréchaga 위원, 737th Meeting, *ibid.* p. 87, para. 2; Ago 위원, *ibid.* p. 90, para. 35.

296) Castrén 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 82, para. 14.

297) Amado 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 86, para. 63.

298) De Aréchaga 위원, 737th Meeting, *ibid.* p. 87, para. 4.

299) Lachs 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 83, para. 27; Ago 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 84, para. 38; Waldock 특별보고관, 736th Meeting, *ibid.* p. 86, para. 65.

300) Liu 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 86, para. 61.

301) De Aréchaga 위원, 737th Meeting, *ibid.* p. 88, para. 12.

302) 이 점에 대해서는 ①설과 ②설의 지지자들 모두 동의한다. Parades 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 82, para. 20; De Aréchaga 위원, 737th Meeting, *ibid.* p. 87, para. 3.

303) *Ibid.* p. 82, para. 21.

304) Yasseen 위원, 736th Meeting, *ibid.* p. 85, para. 55.

로서 부수적 합의를 구성한다.<sup>306)</sup> 제3국의 권리를 변경 및 폐지할 때도 제3국의 동의가 추가로 필요하다.<sup>307)</sup>

한편, 중립적 입장을 취한 위원들도 있었다. Rosenne 위원은 두 입장 모두 타당하며, 이론적 접근보다는 국제관계의 안정성을 고려한 실용적 접근이 필요하다고 보았다.<sup>308)</sup> De Luna 위원은 각국 국내법상 ‘제3자를 위한 계약(*stipulation pour autrui*)’ 법리가 다르므로, 국제법상 이를 유추 적용할 수 있는지의 이론적 쟁점보다는 실제적인 쟁점에 집중해야 한다고 지적했다.<sup>309)</sup> Tsuruoka 위원도 제62조를 기초함에 있어 조약의 안정성과 실효성을 고려하여 어떤 구체적 상황들이 동조에서 다루어지는지를 정하는 것이 이론적 대립보다 중요하다고 설명한다.<sup>310)</sup> Pessou 위원은 제62조의 상황이 현실에서 벌어질 가능성은 매우 낮으므로 위원회가 실용적 합의가 적은 조항에 지나치게 많은 시간을 할애할 필요가 없다고 보았다.<sup>311)</sup> Bartos 위원은 제3국 권리가 원조약과 제3국 의사 표현 간 관계 자체에 존재한다는 절충설을 제시했다.<sup>312)</sup> 이에 따르면, 조약은 제3국에 대해 권리를 원용할 수 있는 수단을 창설한다.<sup>313)</sup>

한편, Waldock 초안상 ‘권리’의 의미에 대해서도 위원들 간 입장 차이가 있었다. 제62조 2항 (a)에서는 ‘실제적 권리(actual right)’라는 다소 불분명한 표현이 등장한다.<sup>314)</sup> 제62조 2항과 3항상 ‘권리’가 구체적으로 어떤 의미를 가지는지에 대해 입장 차이가 있었다. Elias 위원은 제62조 3항의 문언과 Waldock 특별보고관의 입장으로 미루어보건대 이는 ‘사법적(司法的으로) 집행가능한 권리’가 아닌 ‘혜택’을 의미한다고 보았다.<sup>315)</sup> 반면, Rosenne 위원은 다음의 이유로 ‘권리’가 사법

305) Tunkin 위원, 736th Meeting, *ibid*, p. 85, para. 58.

306) Yasseen 위원, 737th Meeting, *ibid*, p. 93, para. 67.

307) Tunkin 위원, 736th Meeting, *ibid*, p. 86, para. 60.

308) 737th Meeting, *ibid*, p. 88, paras. 13-14.

309) *Ibid*, p. 90, para. 28.

310) *Ibid*, p. 93, paras. 63-66.

311) *Ibid*, p. 94, paras. 73-75.

312) *Ibid*, p. 91, para. 42.

313) *Ibid*, para. 44.

314) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 19.

315) 736th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p.

적으로 집행가능한 권리를 의미한다고 주장했다. 제62조 2항 (a)에서 사용된 ‘실제 권리(actual right)’란 표현은 *Free Zones* 판결의 ‘véritable droit’를 직역한 것으로 보이며, ‘véritable droit’는 법적으로 집행가능한 권리라는 의미로 쓰였다.<sup>316)</sup> 한편, Verdross 위원은 제62조 2항상 ‘권리’를 ‘이행청구권’을 의미하는 것으로 이해했다.<sup>317)</sup> Yaseen 위원은 조약 당사국들의 의도와는 달리 제3국의 입장에서는 부여된 권리가 실제로는 권리가 아닌 부담으로 받아들여질 수 있다고 지적한다. ‘권리’가 진정한 권리인지는 제3국 자신이 판단할 문제라는 것이다.<sup>318)</sup>

위원회는 여러 가지 이론적 대립<sup>319)</sup>을 최소화하기 위해 최대한 중립적 표현을 사용하여 제62조 2항을 다시 기초했다. Waldock 특별보고관에 따르면 이는 상당한 어려움을 수반한 작업이었다.<sup>320)</sup> 그 결과 최종 채택된 1969년 비엔나 조약법협약 제36조 1항은 다음과 같이 규정한다. ‘조약 당사국들이 특정 조약 규정에 대해 제3국 또는 제3국이 속하는 집단 또는 모든 국가에게 권리를 부여하도록 의도하며 그 제3국이 동의한다면, 그 국가에 대해 권리가 발생한다. 제3국의 동의는 달리 표시되지 않는 이상 존재하는 것으로 추정된다.’

## 2) 객관적 체제 설정 조약과의 관계

제3자적 조약에 관한 초안 제62조와 객관적 체제 설정 조약에 관한 제63조 간에는 일정한 관련성이 존재한다.<sup>321)</sup> Castrén 위원<sup>322)</sup>과 Lachs 위원<sup>323)</sup>은 제63조가 제62조 2항과는 별개의 조항에서 다루어져야 한다고

---

84, para. 43.

316) Ibid, p. 84, para. 47.

317) Ibid, p. 85, para. 52.

318) Ibid, p. 85, para. 54.

319) 위원들뿐만 아니라 국가들도 이론적 대립에 동참했다. 아르헨티나 대표는 제3국 동의 불필요설을 지지한 반면, 그리스 대표는 동의 필요설을 주장했다. Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 70.

320) Ibid.

321) Waldock 특별보고관, 736th Meeting, ibid, p. 81, para. 4.

322) Ibid, p. 82, para. 16.

323) Ibid, p. 83, para. 29.

보았다. El-Erian 위원은 제3자적 조약과 객관적 체제 설정 조약에서 제3국 권리의무의 근거가 완전히 다르다고 지적했다.<sup>324)</sup> Amado 위원은 객관적 체제 설정 조약이 ‘제3국을 위한 조약(*stipulation pour autrui*)’과는 상당히 거리가 먼 개념이라고 보았다.<sup>325)</sup>

#### IV. 조약에 기초한 관습법

이상에서 조약의 상대효 원칙에 대한 예외로서 제3자적 조약, 즉 제3국에 의무를 부과하는 조약과 권리를 부여하는 조약의 경우를 살펴보았다. 제3자적 조약이란, 조약 당사국들이 특정한 비당사국과 별도의 합의로서 일정한 권리 또는 의무를 부과할 가능성을 예정한 조약을 의미한다. 1969년 비엔나 조약법협약 제38조는 조약의 상대효 원칙에 대한 또 다른 예외로서 조약 규정의 관습법화를 제시한다. 조약 규정은 관습국제법으로 발전함으로써 당사국 이외의 국가들에게 구속력을 미칠 수 있다. 이하에서는 우선 조약과 관습법의 관계에 대해 살펴보고, 관습국제법화된 조약 규정이 조약의 제3국에 어떠한 법적 효력을 미치는지 고찰해 보기로 한다.

##### 1. 조약과 관습법의 관계

최근 국제법위원회에서는 조약 이외의 국제법渊源들을 검토하는 작업이 한창 진행 중이다. 작업반은 2011년 ‘관습국제법의 형성 및 증거’를 위원회의 장기 작업 목록에 포함시킬 것을 제안했다. 그 목적은 관습국제법의 형성에 관한 규칙을 법전화한다기 보다는 재판관들이 관습국제법의 존재 확인에 필요한 가이드라인을 제시하는 데 있었다.<sup>326)</sup> 2016년

---

324) Ibid, p. 92, para. 54.

325) 738th Meeting, ibid, p. 94, para. 3.

326) ‘Annex A. Formation and Evidence of Customary International Law (Mr. Michael Wood)’, UN Doc. A/66/10 (2011), p. 305.



최종 채택된 제1차 초안의 제5장 ‘관습국제법 확인 시 특정 자료가 갖는 중요성’은 조약과 관습법의 관계도 다루고 있다. 결론 제11번 1항에 따르면, 조약 규정은 다음 세 가지 경우에 관습국제법을 반영하는 것으로 인정된다. (a) 조약 체결 당시 존재하던 관습국제법 원칙을 명문화한 경우, (b) 조약 체결 전부터 형성되기 시작한 관습국제법 원칙을 결정화하는 경우, (c) 법으로 여겨지는 일반적 관행을 생성하여 새로운 관습국제법을 창설하는 경우.<sup>327)</sup> 이중 (a)와 (b)는 조약이 관습법을 명문화한 경우고, (c)는 조약에 기초하여 관습법이 발달하는 경우다.

결론 제11번 1항의 (a), (b), (c)는 일찍이 De Aréchaga가 제시한 조약과 관습 간 상호작용의 세 가지 유형과 정확히 일치한다. De Aréchaga에 따르면, ① 조약 문언은 이미 존재하는 관습법 규칙을 다시 언급하는데 그치거나, ② 형성 중인 법규칙을 결정화할 수 있고, 또는 ③ *lege ferendae*를 표방하는 조약 규정이 추후 국가 관행의 집약점이 되어 일정 기간 이후 관습법규로 굳어질 수도 있다.<sup>328)</sup>

### (1) 관습법을 명문화한 조약

관습국제법의 핵심 요소인 국가 관행은 보통 산발적이며 비체계적 형태로 존재한다. 관습국제법 형성 과정이 모호하고 체계적이지 않기 때문에 이를 보완하기 위해 UN을 필두로 관습국제법을 법전화하려는 노력<sup>329)</sup>이 이루어졌다.<sup>330)</sup> 기존의 관습국제법과 이를 법전화한 조약 간의

327) 'Report of the International Law Commission, Sixty-Eighth Session', UN Doc. A/71/10 (2016), p. 78.

328) E. De Aréchaga, 'International Law in the Past Third of a Century', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 159 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1978), pp. 11-12.

329) 개인적 차원 및 UN 이외의 국제기구에서도 관습국제법 성문화 노력이 있었다. See M. Villiger, *Customary International Law and Treaties* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985), pp. 63-113. 한편, UN 내의 노력에 대해서는 다음을 참고. Ibid, pp. 117-137.

330) A. Trindade, 'Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States', *Thesaurus Acroasium - Sources of International Law* (XVI Session, 1988), Thessaloniki (Greece), Institute of Public International Law and International Relations (1992), p. 67.

관계는 어떻게 되는가? 학자들의 입장은 대략 세 가지 정도로 정리된다.<sup>331)</sup> 첫째, 관습국제법은 조약에 의해 완전히 대체된다.<sup>332)</sup> 둘째, 조약의 비당사국에 대해서는 관습국제법이 여전히 효력을 가진다.<sup>333)</sup> 셋째, 조약의 당사국과 비당사국 모두에 대해 관습국제법이 계속해서 효력을 가진다.<sup>334)</sup> 조약이 관습국제법을 배제하지 않는다는 것이 현재 다수설이다. *North Sea Continental Shelf* 사건에서 ICJ도 대륙붕에 관한 기존의 법규가 이를 명문화한 1958년 제네바 협약<sup>335)</sup> 제2조와 ‘구별되어 독자적으로 존재한다’ 라고 판시했다.<sup>336)</sup>

## (2) 조약에 기초한 관습법 발달

조약 당사국 간에만 적용되던 조약 규정은 시간의 경과 및 제3국의 묵시적 동의에 의해 관습국제법으로 발전할 수도 있다. 이 때 제3국이 갖게 되는 권리의무는 계약적 성격의 권리의무가 아니며, 조약이 관습법화됨으로써 발생하는 권리의무이다.<sup>337)</sup>

여러 학자들은 조약에 기초한 관습법의 형성 가능성을 인정해왔다. Reddie에 따르면, 해당 조약에서 국제법상 최초로 도입된 규정이라도 추후 모방과 채택에 의해 관습국제법으로 발전할 수 있다.<sup>338)</sup> Oppenheim은 1901년 Hay-Pauncefote 조약은 양자조약으로서 *pacta tertiis* 원칙에

331) Villiger, *supra* note 329, pp. 156-157.

332) R. Baxter, 'Treaties and Customs', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 129 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1970), pp. 96-97; A. Tammes, 'Asser Institute Lectures on International Law: Codification of International Law in the International Law Commission', *Netherlands International Law Review*, Vol. 22, Issue 3 (1975), pp. 325-326.

333) M. Bos, 'The Recognized Manifestations of International Law', *German Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1977), p. 74.

334) Trindade, 'Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systemization of the Practice of States', *supra* note 330, p. 67.

335) Convention on the Continental Shelf, Adopted in Geneva, Switzerland on 29 April 1958,

336) *North Sea Continental Shelf* Judgment: I.C.J. Reports 1969, p. 22, para. 19.

337) Roxburgh, *supra* note 44, pp. 73-74.

338) J. Reddie, *Researches, Historical and Critical, in Maritime International Law*, Vol. 1 (Edinburgh: Thomas Clark, 1844), p. 8.

따라 제3국에 권리가 부여되지 않는다고 설명한다. 다만 파나마 운하 개방 후 일정 기간이 경과되어 운하의 영세중립화 및 자유개방에 관한 관습국제법이 형성되면 달라질 것이라고 보았다.<sup>339)</sup> De Martens도 조약의 내용이 관습법화되어 조약으로서의 효력과 관습국제법으로서의 효력을 동시에 갖게 될 수 있다고 했다.<sup>340)</sup> Alvarez는 관습법화 과정을 다음과 같이 설명한다. ‘이러한 규정은 성질이 변화되어 더 이상 계약이 아닌 관습으로 여겨진다. 모든 이들의 법적 사고 속으로 침투해서 다들 이를 의무적인 것으로 인정하고 따르게 되기 때문이다.’<sup>341)</sup> 이하에서는 조약과 관습법의 관계가 조약법상 조약의 제3국과 관련하여 어떻게 다루어졌는지 살펴보기로 한다.

## 2. 조약의 제3국과 관습법

### (1) 하버드 초안

조약법 성문화 과정에서 제3자적 효력을 갖는 조약과 관습국제법의 관계는 1935년 하버드 조약법 초안에서 처음 다뤄졌다. 하버드 초안은 조약이 기존 관습국제법을 명문화한 경우만 언급했으며, 조약 내용이 추후 관습국제법으로 발전하는 경우에 대해서는 침묵했다. 하버드 초안 주석에 따르면, 기존 관습국제법을 명문화한 조약은 조약의 상대효 원칙의 예외에 속하지 않는다. 제3국이 조약상 부담하는 의무는 실제로 조약에 기초한 의무가 아니라 관습법에 기초한 의무이기 때문이다. 즉, 제3국은 조약이 아닌 관습법에 구속된다.<sup>342)</sup>

339) L. Oppenheim, *The Panama Canal Conflict between Great Britain and the United States of America: A Study*, 2nd ed. (London: Cambridge University Press, 1913), p. 46.

340) G. de Martens, *Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe*, Tome Premier (Paris: Guillaumin, 1864), Introduction, §7, p. 50.

341) A. Alvarez, *La Codification du Droit International* (Paris: A. Pedone, 1912), p. 148.

342) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 924-925. See Wright,

이집트 혼합재판소의 1927년 *Crichton v. Samos Navigation Co. and Others* 판결도 이를 지지한다. 이집트는 당시 청구의 기초가 된 1910년 브뤼셀 협약을 비준하지 않은 상태였다. 그럼에도 불구하고 재판부는 동 협약이 관습국제법으로서 이집트에 적용될 수 있다고 판단했다.<sup>343)</sup>

하버드 초안은 이와 대조적인 경우로 입법적 조약을 들었다. 새로운 국제법 원칙을 제시하는 입법적 조약은 원칙적으로 제3국을 구속할 수 없다고 보았다. 다만, 중요 국가를 포함하여 대다수 국가들이 이를 비준한 경우에는 제3국을 구속할 수 있다고 암시했다.<sup>344)</sup>

## (2) Fitzmaurice 초안

하버드 초안에서는 조약의 제3국과 관습법의 관계를 제18조 (a)항에 대한 주석에서 간략히 언급한다. 기존 관습법을 명문화함으로써 비당사국에도 일정한 구속력을 미치는 것으로 보이는 조약이 상대효 원칙의 예외가 될 수 있는지 여부만 살펴본 것이다. 반면, 비엔나 조약법협약은 이 문제를 별개의 조항으로 다룬다. 협약 제38조는 ‘국제 관습을 통해 제3국을 구속하게 되는 조약상 규칙’이라는 제목 하에 이를 규율한다. 조약의 제3국과 관습법의 문제를 처음으로 별개의 조항에서 규정한 것은 Fitzmaurice 특별보고관의 초안이었다.

앞서 살펴보았듯이, Fitzmaurice 초안은 상당히 복잡한 구조로 이루어져 있다. 제A장은 ‘정의 및 기본 원칙’, 제B장은 ‘제3국 관련 규정의 결과로 조약 당사국 간 갖는 권리의무’, 제C장은 ‘조약과 관련한 제3국의 입장’을 다룬다. 관습법에 관련된 조항인 제16조와 제28조는 제C장에 속한다. 제16조는 제3국에 의무를 부과하는 경우이며, 제28조는 제3국에 권리를 부여하는 경우로서, 두 조항은 대응적 구조를 이룬다. 따

---

*supra* note 92, p. 574.

343) A. McNair & H. Lauterpacht (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1925-1926* (London; New York; Toronto: Longmans, Green & Co., 1929), Case No. 1.

344) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), pp. 924.

라서 여기에서는 제16조의 내용만을 주로 살펴보기로 한다.

특별히 주목할 점은 제16조와 제28조의 제목이다. 두 조항은 ‘입법적 또는 규범선언적 조약의 운영을 통해 성립된 관습국제법상 의무 또는 권리’에 대해 규정한다.<sup>345)</sup> 즉 제16조와 제28조는 조약 규정들이 관습국제법으로 발전하는 일반적인 경우가 아닌, 입법적 조약 또는 규범선언적 조약이라는 특수한 조약이 관습국제법으로 발전하는 경우만 다루고 있는 것이다. 입법적 조약과 규범선언적 조약이란 정확히 어떠한 조약을 의미하는가? 제16조 1항에서 이 문제를 다루고 있다. 이에 따르면, 입법적 조약(law-making treaty) 또는 규범선언적 조약(norm-enunciating treaty)란, 기존 관습국제법을 명문화하거나 국제법의 점진적 발전의 일환으로서 새로운 규범을 창설하는 조약이다.<sup>346)</sup> 이들은 ‘일반적 다자조약(general multilateral convention)’<sup>347)</sup>의 성격을 가진다.<sup>348)</sup> 또한, 이 두 조약은 보편적인 타당성과 적용 가능성을 인정받거나 또는 앞으로 인정받을 법규범·법체제를 선언 및 명문화한다는 점에서, 이러한 법규범·법체제가 일반적으로 적용되어 조약의 비당사국도 구속하는 수단이 된다.<sup>349)</sup> 다만, 제16조 2항에 따르면, 이때 비당사국을 구속하는 것은 이러한 방식으로 확인되는 관습국제법이며, 조약 그 자체가 아니다.<sup>350)</sup>

Fitzmaurice 특별보고관은 제16조 1항이 일정한 규칙을 제시하기 보다는 조약 규정이 관습국제법으로 발전하는 과정 자체를 보여주는 데 초점이 맞춰져 있다고 설명한다.<sup>351)</sup> 모든 입법적 조약이 관습국제법으로 발전하는 것은 아니며, 중간에 여러 불확정적 요인들이 개입함으로써 이것이 가능해지기 때문이다.<sup>352)</sup> 따라서 이 문제를 규율하는 일정한 규칙을

345) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, pp. 80, 82.

346) Ibid, p. 80.

347) 국제법위원회가 1962년 발표한 조약법 초안 제1조 1항 (c)에 따르면, ‘일반적 다자조약(general multilateral convention)’이란 ‘국제법상 일반적 규범 또는 모든 국가의 공익에 관한 사안을 다루는 다자조약’이다. Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, p. 161.

348) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 80.

349) Ibid.

350) Ibid.

351) Ibid, p. 94, para. 58.

352) Ibid, pp. 94-95, paras. 58-59.

제시하기는 어렵다.

### (3) Waldock 초안

#### 1) 초안 제64조

Waldock 초안에서 관습법과 조약의 문제는 Fitzmaurice 초안과는 전혀 다른 방식으로 다뤄진다. Fitzmaurice 초안 제16조 및 제28조와 달리 Waldock 초안 제64조는 보충적 규칙으로만 의도되었다.<sup>353)</sup> 두 초안은 기본적인 목적에 차이가 있다. Fitzmaurice 초안의 목적이 조약에 관련된 모든 규범을 담는 것이었다면, Waldock 초안의 목적은 조약에만 적용되는 규칙을 제시하는 것이었다. 따라서 Waldock 초안이 다루는 주제들의 범위는 Fitzmaurice 초안보다 좁다. Waldock 특별보고관도 다음과 같이 설명한다. ‘현재 고려중인 조약법 협약 초안에서는 조약 그 자체로부터 발생하는 권리의무와 조약 규정의 관습법화로 인해 발생하는 권리의무를 엄밀히 구별할 필요가 있다.’ 후자의 경우 제3국을 구속하는 것은 조약이 아닌 관습법이기 때문이다.<sup>354)</sup>

Waldock 초안 제64조의 보충적 성격은 문언 자체에서 잘 드러난다. 동조는 다음과 같이 규정한다. ‘제61조 내지 제63조 중 어떤 것도 조약상 법원칙이 국제관습법으로써 비당사국에 대해 적용 가능해지는 것을 배제하지 못한다.’<sup>355)</sup> Waldock 특별보고관은 조약이 관습국제법으로 발전함으로써 비당사국들에게 효력을 미치게 되는 현상은 진정한 의미의 조약의 제3자적 효력이 아니라고 보았다.<sup>356)</sup> 따라서 조약의 제3자적 효력에 관한 초안의 다른 규정들이 이러한 현상이 발생할 가능성을 ‘배제하지 못한다’고 제64조에서 규정했다.<sup>357)</sup>

Waldock 초안 제64조에서는 또한 Fitzmaurice 초안 제16조 및 제28조

---

353) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 27, para. 2.

354) Ibid.

355) Ibid, p. 34.

356) Ibid, p. 34, Commentary to Article 64.

357) Ibid.

와 달리 ‘입법적 조약’ 또는 ‘규범선언적 조약’이라는 표현이 전혀 등장하지 않는다. 동조는 조약의 유형을 불문하고 조약 규정이 관습국제법으로 발전하는 일반적 경우를 다룬다. Waldock 특별보고관은 제64조를 이렇게 기초한 이유를 다음과 같이 설명한다. 물론 조약 규정의 관습국제법화가 입법적 조약의 경우에 가장 빈번하게 발생하는 것은 맞지만, 이러한 현상이 입법적 조약의 경우에만 국한되지는 않는다. 순전히 계약적인 성질을 가진 조약 규정이라도 추후 많은 국가들의 지지를 받는다면 충분히 관습국제법으로 발전할 수 있기 때문이다.<sup>358)</sup>

## 2) 국제법위원회 회의

Waldock 초안 제64조에 관한 국제법위원회의 논의는 동조를 ‘조약과 제3국’에 포함시키는 것이 과연 타당한지 여부에 초점이 맞춰졌다. 가장 먼저 다루어진 쟁점은 제64조와 제61조, 즉 조약의 상대효 원칙의 관계였다. 제64조는 제61조와 어떠한 관계에 있는가? 제64조를 상대효 원칙의 진정한 예외라고 볼 수 있는가? Waldock 초안 제61조 1항은 다음과 같이 규정한다. ‘제62조 및 제63조에서 규정한 경우를 제외하면, 조약은 오직 당사국 사이에만 적용된다.’ 이는 제61조상 원칙에 대한 예외는 제62조와 제63조에 규정된 경우로 제한된다고 해석될 여지가 있다. 국제법위원회의 Bartos 위원은 이러한 표현에 이의를 제기하면서, 제64조도 포함되어야 한다고 주장했다. 동조 역시 제61조의 주제와 밀접하게 관련되기 때문이다.<sup>359)</sup> 이때 제3국에 대한 법적 효력이 조약과 관습법 중 어느 것에서 비롯되는지 문제가 제기된다. Bartos 위원은 두 이론 모두 타당하나, 국가들은 관습법의 기초를 형성하는 조약을 주로 원용하는 경향이 있다고 지적했다. 이와 관련하여 뉘른베르크 군사법원에서 관습법의 기초가 된 인도적 성격의 조약들이 원용된 사례를 언급했다.<sup>360)</sup>

---

358) Ibid.

359) 733rd Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 65, para. 67.

360) Ibid.

제64조가 ‘조약과 제3국’ 부분이 아닌, ‘조약법의 일반 원칙’ 부분에서 다뤄져야 한다는 의견도 있었다. Rosenne 위원은 제64조가 조약법에 관한 기본 원칙을 담고 있으므로 ‘조약과 제3국’으로 그 범위를 한정짓지 말아야 한다고 보았다.<sup>361)</sup> Tunkin 위원도 이에 동의하면서 제64조를 초안의 다른 부분으로 옮길 것을 제안했다.<sup>362)</sup> Briggs 위원과 Castrén 위원도 동의했다.<sup>363)</sup> De Luna 위원에 따르면, 비당사국들은 조약의 제3국으로서 해당 조약 규정을 수락하는 것이 아니라, 동 규정이 국제공동체의 법적 신념을 반영하기 때문에 이를 수락한 것이라고 한다.<sup>364)</sup> 또한 조약 규정과 이에 근거하여 발전한 관습국제법의 내용이 서로 정확히 일치하지 않는 경우도 있다.<sup>365)</sup> 따라서 De Luna 위원은 Waldock 초안 제64조가 조약의 제3자적 효력 부분에서 다뤄지는 것이 과연 적절한지 의문을 제기했다.<sup>366)</sup>

한편, 다른 위원들은 제64조가 다른 부분으로 옮겨져야 한다는 제안에 반대했다. Pal 위원은 제64조의 목적이 제61조 내지 제63조의 적용 효과를 완화시키는 데 있다고 지적했다.<sup>367)</sup> Tsuruoka 위원은 제64조의 강조점이 ‘관습의 형성’이 아닌, ‘관습의 형성에 조약이 미치는 영향’에 있음을 상기했다.<sup>368)</sup> Liu 위원도 제64조의 역할이 제61조 내지 제63조를 보완하는 것이라고 보았다.<sup>369)</sup> Yasseen 위원 역시 제64조가 조약과 관습법의 관계 중에서도 일부 부분, 즉 조약에 대한 제3국의 효력 측면만 다루고 있음을 확인한다.<sup>370)</sup> 이에 Waldock 특별보고관은 대부분의 위원들이 제64조가 제61조 내지 제63조를 보충하는 성격만 가진다는 점에 동의한다고 결론 내렸다.<sup>371)</sup>

---

361) 740th Meeting, *ibid*, p. 110, para. 59.

362) *Ibid*, para. 60.

363) *Ibid*, paras. 65-66.

364) *Ibid*, p. 111, para. 70.

365) *Ibid*.

366) *Ibid*.

367) *Ibid*, p. 110, para. 67.

368) *Ibid*, p. 111, para. 75.

369) *Ibid*, para. 76.

370) *Ibid*, p. 112, para. 81.

371) *Ibid*, para. 82.



그 밖에도, 제64조의 내용 자체에 대한 견해 대립도 있었다. De Aréchaga 위원은 제64조가 조약에 기초한 관습법 발달뿐만 아니라, 기존 관습법을 명문화한 조약의 경우도 다뤄야 한다고 보았다.<sup>372)</sup> Lachs 위원은 이에 반대했다. 조약으로 명문화된 관습법의 내용은 조약으로서 제3국에 구속력을 갖는 경우가 아니기 때문이다.<sup>373)</sup> 한편, Bartos 위원은 제64조상 ‘관습국제법화되는 조약상 법원칙’은 국제적인 준입법의 성질을 갖는다고 보았다.<sup>374)</sup> Waldock 특별보고관은 제64조가 입법적 조약을 특별히 다루고자 한 것이 아니며, 단지 제61조상 상대효 원칙에 대한 교정적 역할을 담당하도록 의도되었다고 설명한다.<sup>375)</sup>

초안 제64조를 접한 국가들 간에도 유사한 입장 대립이 있었다. 핀란드는 동조가 국제법의 연원으로서 관습법의 중요성을 다루므로 조약법에서 전혀 논의될 사항이 아니라고 보았다.<sup>376)</sup> 그리스는 동조가 국제법상 새로운 범규범의 창설과 관련된다는 점에서 위험성을 내포하며 불필요하다고 지적했다.<sup>377)</sup> 반면, 미국은 조약법에 동조가 포함되는 것이 바람직하다고 보았다.<sup>378)</sup> 핀란드의 지적에 대해 Waldock 특별보고관은 동조가 갖는 교정적 역할을 재차 강조했다.<sup>379)</sup> 또한 그리스의 우려에 대해 동조가 전혀 새로운 범규범을 제시한 것은 아니라고 반박했다.<sup>380)</sup> 한편, 1969년 비엔나 조약법협약 제38조는 Waldock 초안 제64조와 거의 유사한 형태로 채택되었다. 초안 제64조와 마찬가지로 소극적 규정 방식을 택하고 있으며, 앞의 네 조항들에 대해 보충적 관계에 있다.

---

372) Ibid, p. 109, para. 50.

373) Ibid, p. 110, para. 55. 제741차 회의에서 위원을 맡게 된 Ago 의원도 위원회에서 이러한 결론이 내려진 것을 긍정적으로 평가했다. 741th Meeting, *ibid*, p. 113, para. 7.

374) 740th Meeting, *ibid*, p. 112, para. 80.

375) 741th Meeting, *ibid*, para. 3.

376) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 73.

377) Ibid, p. 74.

378) Ibid, p. 73.

379) Ibid, p. 74, para. 1.

380) Ibid, para. 2.

## 제 3 장 조약의 대세적 효력

### 제 1 절 조약의 유형별 구분

비엔나 조약법협약은 조약과 제3국 문제를 규율함에 있어 계약법 법리를 거의 그대로 따른다. 원칙적으로 조약은 당사국에 대해서만 법적 효력을 미친다. 그러나 조약상 특정된 제3국과 별도의 합의가 있는 경우, 조약이 제3국에 대해서도 예외적으로 구속력을 미칠 수 있다. 물론 이때 제3국이 갖는 권리의무의 원천이 조약 그 자체인지 또는 제3국의 부수적 합의인지는 이론의 여지가 있다. 조약이 그 밖의 제3국에 미치는 효력은 관습국제법의 문제이다. 즉 조약이 그 자체로서 제3국에 권리의무를 발생시키지 않고, 관습국제법으로 발전함으로써 제3국에 효력을 미친다.

조약을 온전히 계약법 법리에만 입각해서 이해할 수 있는가? 오늘날 이러한 주장에 동의할 학자들은 많지 않을 것이다. Lauterpacht에 따르면, 조약을 개념적으로 이해함에 있어 두 가지 입장이 대립한다. 조약이 당사국에 대해 갖는 구속력의 근거를 당사국의 동의에서 찾는 견해와, 국제법 규범으로서 갖는 특수한 성격에서 찾는 견해가 있다.<sup>381)</sup> 조약은 당사자 간 합의의 형태로 이루어진다는 점에서는 사법(私法)상 계약과 유사하다. 그러나 동시에 조약이 규율하는 내용은 반드시 당사국간 관계로만 국한되지는 않는다.<sup>382)</sup>

19세기부터 일부 학자들은 조약을 ‘계약적 조약(*traité-contrat*)’ 과 ‘입법적 조약(*traité-loi*)’ 으로 구분해 왔다. 우선 Bergbohm은 조약이 법률행위(*Rechtsgeschäfte*)의 성격을 갖는 경우와 법규범(*Rechtssätze*)의 성격을 갖는 경우로 나뉜다고 보았다. 전자는 국가의 주관적 권리(*subjective Berechtigungen*)를 창설 및 폐지하며 계약과 유사한 성격을

381) Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, *supra* note 46, p. 155.

382) M. Paparinskis, 'Regulating Treaties: A Comparative Perspective', in C. Tams *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014), p. 39.

찾는다.<sup>383)</sup> 강화(講和), 국가승계, 지역권, 영토 변경 등과 관련된 조약이 이에 속한다.<sup>384)</sup> 반면, 후자는 추상적 법원칙을 인정 또는 선언하는 조약으로서 계약과는 거리가 멀다. 전쟁법, 중립법, 범죄인인도 등과 관련해서 체결되는 조약이 이에 속한다.<sup>385)</sup>

Triepel도 조약이 ‘계약(Vertrag)’과 ‘입법적 합의(Vereinbarung)’로 구분된다고 보았다. 그에 의하면, Vertrag는 서로 반대되는 방향의, 그러나 서로 대응되는 이해관계들 간 연합(Vereinigung mehrerer Personen von verschiedenen, aber korrespondirendem Interesse)이다. 이러한 이해관계들은 동일한 목적을 가진다(zu inhaltlich entgegengesetzten, auf denselben äusseren Zweck gerichteten Willenserklärungen).<sup>386)</sup> 보통 계약을 체결할 때, 일방 당사자는 권리를 취득하고 타방 당사자는 의무를 부담한다는 사실을 떠올리면 이를 쉽게 이해할 수 있다. Triepel은 영토할양, 포로교환, 전쟁의 장소적 제한, 군부대의 통과 허용 등 사인간 거래관계와 유사한 형태의 조약이 Vertrag에 해당한다고 설명한다.<sup>387)</sup> 한편, 이러한 조약들은 같은 방향의 이해관계, 즉 공동의 의사(Gemeinwillen)를 발생시키지 못하므로 국가간 적용되는 법규범(Rechtssätze)을 창설할 수 없다.<sup>388)</sup> Vertrag가 반대되는 이해관계(entgegengesetzter Interessen)를 충족시키는 것이라면, Vereinbarung은 동일한 또는 유사한 이해관계(gemeinsame oder gleiche Interessen)를 충족시키려는 목적을 갖는다.<sup>389)</sup>

McNair도 계약적 성격을 갖는 조약과 입법적 성격을 갖는 조약을 구분했다. 그는 전자를 인적 권리의무(obligations *in personam*)를 창설하는 계약적 성격의 조약으로 표현한다.<sup>390)</sup> 그는 이를 법적 성질상 대세적 효력을 갖는 조약과 구분한다. 조약에 대세적 효력을 부여하는 본질적 성

383) C. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts* (Dorpat: Druck von C. Mattiesen, 1876), p. 79.

384) Ibid, p. 80.

385) Ibid, p. 81.

386) H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899), p. 45.

387) Ibid, p. 46.

388) Ibid.

389) Ibid, p. 53.

390) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, p. 256.

질로는 ① 조약에 의해 성립하는 거래 관계의 ‘처분적(dispositive)’ 또는 ‘물적(real)’ 성질, ② 조약상 합의된 내용에 특별한 이해관계를 갖는 국가들의 ‘준입법적(quasi-legislative)’ 권한 등이 있다.<sup>391)</sup> 흥미로운 점은 Bergbohm과 Triepel이 영토할양조약을 계약적 성질의 조약으로 본 반면, McNair는 계약적 성질의 조약이 아니라고 보았다는 사실<sup>392)</sup>이다. 즉 McNair는 영토적 권한에 영향을 미치는 조약이 계약적 조약과 구별되는 특수한 조약으로 취급했다.

조약의 내용에 따른 구분을 비판하는 견해도 있다. Reuter는 현대 법체계상 계약과 입법의 구분이 무의미해졌기 때문에 조약도 이와 같이 구분하는 것이 타당하지 않다고 지적한다.<sup>393)</sup> 또한 입법이란 본질적으로 일반성(generality)을 갖는데, 국제법상 ‘일반적 조약’을 판단할 기준을 세우는 것이 현실적으로 불가능하다고 본다.<sup>394)</sup> Reuter는 결국 조약을 계약으로 보아야 한다고 주장한다. 사회학적 관점에서도 계약이 입법보다 주권평등원칙에 더 잘 부합하기 때문이다.<sup>395)</sup>

한편, 1969년 비엔나 조약법협약도 특정 유형의 조약들은 다르게 취급한다. 예컨대 제60조 5항에 따르면, 인도적 성질의 조약에 대해서는 조약의 실질적 위반을 조약의 종료 및 정지 사유로 원용할 수 없다. 제62조 2항 (a)에 따르면, 국경 조약에 대해서는 사정의 근본적 변경을 조약의 종료 및 탈퇴 사유로 원용할 수 없다. 비엔나 조약법협약은 국가가 표시한 동의의 유효성 및 동의의 철회·종료 가능성에만 주로 초점을 맞추고 있다. 그 외 조약의 다른 구분 기준은 인정하지 않는다. 이러한 기준만으로는 조약에 따라 제3국에 미치는 효력, 조약 해석에 대한 접근법, 유보의 효과 등이 달라진다는 사실을 제대로 설명하기 어렵다.<sup>396)</sup>

---

391) Ibid, p. 255.

392) Ibid, p. 256.

393) P. Reuter, *Introduction to the Law of Treaties* (transl. by J. Mico & P. Haggenmacher) (London; New York: Pinter Publishers, 1989), p. 20.

394) Ibid.

395) Ibid, p. 21.

396) See V. Lowe, 'The Law of Treaties; Or, Should This Book Exist?', in C. Tams *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2014), p. 14.

비엔나 조약법협약 제2조 1항 (a)는 ‘조약(treaty)’을 다음과 같이 정의한다. ‘서면 형식으로 국가 간 체결되며 국제법에 의해 규율되는 국제적 합의.’ 여기서 ‘조약’이란 상당히 다양한 유형의 조약들을 포괄하는 표현이다. 국내법은 계약법, 물권법, 회사법, 헌법, 법규명령 등 국가 공동체 안에서 행해지는 여러 활동들을 규율하기 위해 다양한 법제도를 갖추고 있다. 그러나 McNair에 따르면, 국제법상 조약은 ‘다양한 거래를 수행하기 위해 국제공동체에 주어진 유일하며 불행하게도 흡사당하고 있는 수단’이다.<sup>397)</sup> 그는 국가간 존재하는 여러 다양한 거래관계들을 ‘조약’이라는 하나의 카테고리 묶어 단일한 규율 하에 두는 것을 비판한다. Lowe 역시 국경조약, 국제적 원조를 제공하는 조약, 남극조약, 해양법에 관한 조약, 인권 조약, 국제기구 수립 조약 등은 ‘조약’이라는 명칭 이외에는 아무런 공통점을 갖지 않는다고 지적한다.<sup>398)</sup>

물론 조약의 내용에 따른 세부적 구분 자체가 불가능하다는 비판도 있다. 해당 조약의 대상 및 목적을 정의하는 것부터 힘든 경우가 적지 않기 때문이다.<sup>399)</sup> 그러나 조약들은 갈수록 세분화 및 전문화되고 있으며, 여러 조약 간 존재하던 공통점도 점차 희미해지고 있는 실정이다. 조약을 유형에 따라 분류하고 각각에 적합한 구체적인 국제법 규율체제를 만들 필요가 있다. 비엔나 조약법협약은 조약들을 전반적으로 규율하는 역할만 담당할 뿐, 세부적 규율로는 적합하지 않다.

조약의 세부적 구분이 필요한 분야 중 하나가 위에서 살펴본 계약적 조약과 입법적 조약이다. 양자의 가장 중요한 차이점은 조약이 제3국에 대해 미치는 효력에 있다. 계약적 조약은 당사국 간에만 적용될 것이 의도되며, 조약의 내용 자체도 당사국 외에는 적용되는 것이 불가능하다. 반면, 입법적 조약은 국제사회의 질서를 형성하려는 목적을 갖는다. 따라서 조약의 비당사국에게도 불가피하게 효력을 미치게 된다. 입법적 조

397) A. McNair, 'The Functions and Differing Legal Character of Treaties', *British Yearbook of International Law*, Vol. 11 (1930), p. 101.

398) V. Lowe, 'The Law of Treaties; Or, Should This Book Exist?', in C. Tams *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014), p. 4.

399) Reuter, *supra* note 393, p. 28.

약은 적극적으로 제3국에게도 영향력을 미쳐 제3국 역시 조약이 형성하는 국제 질서 내로 편입시킬 것을 의도한다. 그런데 바로 이 때문에 국가들은 국제법상 입법적 조약의 개념을 인정하지 않으려 한다. 조약에 가입하지 않았는데도 이로써 행동의 자유가 제약되는 것을 원치 않기 때문이다. 또한 강대국들이 자신의 의사를 약소국에 강제하는 수단으로 남용할 우려도 제기된다.

한편, 현실 국제사회에서는 제3국에 일정한 효력, 즉 대세적 효력을 가지는 조약이 여러 차례 체결되었다. 따라서 대세적 효력을 갖는 조약 개념 자체를 국제법상 아예 존재하지 않는 것으로 취급할 수는 없다. 국제법상 이 문제를 다루는 것을 회피한다고 해서 대세적 효력을 갖는 조약 체결이 억제되지 않는다. 오히려 이를 적극 논의함으로써 강대국들에 대=의한 남용 여지를 줄이는 법적 장치를 마련해야 한다. 대세효를 갖는 조약 개념은 국제 평화, 인권 및 환경 등 전체 국제사회에서 지켜져야 할 핵심 가치를 수호하는 긍정적인 제도로 활용될 수 있다. 이하에서는 대세효가 인정되는 조약의 사례들과, 그간 국제사회에서 이 문제를 어떻게 취급해 왔는지를 조약법 성문화 과정을 중심으로 살펴보기로 한다.

## 제 2 절 대세효가 인정되는 조약

현실 세계에서 많은 조약들은 당사국들뿐 아니라 비당사국에 대해서도 일정한 영향력을 미친다. 유의할 점은 조약이 제3국에 대해 미치는 영향력이 사실적 효력과 법적 효력으로 구분된다는 사실이다. 예컨대, 특정한 국가들 사이에 자유무역협정 또는 지역경제통합조약을 체결한다면 비당사국 상품의 역내 가격경쟁력은 큰 타격을 받는다.<sup>400)</sup> 이는 비당사국에 대해 법적 의무를 발생시키는 것이 아니므로 조약의 사실적 효력에 해당한다. 조약의 체결로 비당사국이 반사적 이익을 누리는 경우도 있다. 예를 들면, 환경유해물질의 배출을 규제하는 조약의 체결은 비당사국에게 일정한 혜택을 준다.<sup>401)</sup> 이때 비당사국이 향유하는 것은 단순한

---

400) 정인섭, 『조약법강의』, *supra* note 17, p. 225.

반시적 이익의 성격인 혜택에 불과하므로, 비당사국은 이를 법적 권리로 주장할 수는 없다. 즉 비당사국은 당사국들이 계속해서 유해물질 배출을 규제할 것을 요구할 법적 권리는 가지지 않는다.

본 논문에서 다루고자 하는 조약의 대세적 효력은 사실적 효력이 아닌 법적 효력이다. 대세적 효력을 갖는 조약은 당사국뿐만 아니라 모든 국가에 대해 일정한 법적 권리 또는 의무를 발생시킨다. 이를 조약의 객관적 효력(objective effect)이라고도 한다. 이러한 조약들은 ‘객관적 상황(objective state of affairs)’을 창설하려는 목적<sup>402)</sup>을 갖기 때문이다. 객관적 상황의 창설은 곧 국제질서의 형성을 의미한다. 대세적 효력이 인정되는 조약에는 여러 가지 유형이 있다. ① 평화조약과 국제적 결정, ② 범세계적 국제기구를 설립하는 조약, ③ 위임통치·신탁통치 조약, ④ 특정한 영역의 이용에 관한 조약, ⑤ 영토할양조약·국경조약. 각 유형에 대해 이하에서 구체적으로 검토해보기로 한다.

## I. 평화조약과 국제적 결정

*South-West Africa* 사건에서 McNair 재판관은 평화조약에 의한 국제적 결정(international settlement)을 다음과 같이 설명했다. ‘때때로 강대국 집단, 또는 대국과 소국을 포함하는 다수의 국가들은 다자적 조약을 통해 새로운 국제적 체제 또는 지위를 창설할 권한을 갖는다. 동 체제 또는 지위는 머지않아 실제 합의 당사국의 범위를 초월하는 승인 및 지속성이 부여되며, 이로 인해 객관적 실재성(objective existence)을 갖게 된다. 이러한 권한은 공공의 이익이 관련된 경우에 사용되며, 흔히 큰 규모의 전쟁 이후 평화적 합의가 이루어지는 과정에서 행사된다.’<sup>403)</sup>

국제적 결정(interantional settlement)의 개념은 일찍이 여러 학자들에 의해 다뤄졌다. 우선 Cobbett에 의하면, 국제적 결정은 특정 국가들의 지

401) A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2013), p. 228.

402) Lowe, *supra* note 398, p. 9.

403) Separate Opinion of Judge McNair, *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 153.

위 및 영토를 정하거나, 국제수로 및 다른 특정 지표면의 이용을 규율한다는 점에서 일차적으로는 정치적 성격을 띤다. 그러나 동시에 특정한 의무를 부과하거나 국제적 행위를 제한한다는 점에서 법적 중요성을 가진다.<sup>404)</sup> 한편 Roxburgh에 따르면, 국제적 결정(international settlement)이란 국제질서의 일부를 형성할 목적으로 주요 강대국들 간 조약으로 이뤄낸 합의를 의미한다.<sup>405)</sup> 그 예로는 특정 국가들의 지위 및 영역 결정, 국제수로의 이용 규율 등이 포함된다.<sup>406)</sup>

McNair는 대세적 효력을 갖는 조약의 존재를 인정하면서, 준입법적 조약의 예로 국제적 결정을 언급한다.<sup>407)</sup> 그에 따르면, 때때로 국가 집단은 주도권을 갖고 조약이라는 수단을 통해 특정 지역을 위한 영토적 결정을 내린다.<sup>408)</sup> 물론 이러한 실행은 남용될 수 있으므로, 이를 정당화하기 위해서는 국제연맹 또는 UN과 같이 보편적으로 승인된 국제기구와 관련되어야 한다.<sup>409)</sup> McNair는 국제적 결정을 내포한 조약이 다음의 과정을 거쳐 대세적 효력을 갖게 된다고 설명한다. 처음에는 국제적 결정 조약이 오직 당사국들에 대해 구속력을 갖는다. 그러나 일정한 시간의 경과와 동 결정에 대한 다른 국가들의 묵인으로 인해 조약의 본질적인 법적 요소가 강화되며, 부분적으로 사실적(*de facto*) 성격을 가졌던 상황이 법적(*de jure*) 상황으로 변화된다.<sup>410)</sup>

영토 처분에 관한 국제적 결정을 내포한 평화 조약들에는 다음이 포함된다. 1648년 웨스트팔리아 조약(Treaty of Westphalia), 1713년 위트레흐트 조약(Treaty of Utrecht)<sup>411)</sup>, 1815년 비엔나 회의와 유럽공조체제

404) P. Cobbett, *Cases and Opinion on International Law*, 3rd ed. (London: Stevens and Haynes, 1909), pp. 11-12.

405) Roxburgh, *supra* note 44, p. 81.

406) Ibid.

407) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, p. 259.

408) Ibid.

409) Ibid.

410) Ibid.

411) 이는 일련의 평화조약으로 구성된다. Treaty of Peace and Friendship between France and Great Britain, signed at Utrecht, 11 April 1713; Treaty of Peace and Amity between France and the Netherlands, signed at Utrecht, 11 April 1713; Treaty of Peace and Amity between France and Savoy, signed at Utrecht, 11 April 1713; Treaty of Peace and Amity between France and Prussia, signed at Utrecht,



(Concert of Europe), 1856년 파리 조약<sup>412)</sup>, 1878년 베를린 조약(Traité de Berlin)<sup>413)</sup>, 1913년 런던 조약(Treaty of London)<sup>414)</sup>, 1919년 베르사유 강화 조약(Treaty of Versailles), 1946년 파리 강화 조약(Paris Peace Treaties), 1947년 이탈리아 강화 조약(Treaty of Peace with Italy), 1951년 대일강화조약(Treaty of Peace with Japan)<sup>415)</sup>, 1990년 독일 문제 최종해결 조약(“2+4 Treaty”)<sup>416)</sup>.

---

11 April 1713; Treaty of Peace between Savoy and Spain, signed at Utrecht, 13 July 1713; Treaty of Peace and Friendship between Great Britain and Spain, signed at Utrecht, 13 July 1713; Treaty of Peace between the Emperor and Spain, and France, signed at Rastatt, 6 March 1714; Treaty of Peace and Commerce between the Netherlands and Spain, signed at Utrecht, 26 June 1714; Treaty of Peace between the Emperor and Spain, and France, signed at Baden in Ergau, 7 September 1714; Treaty of Peace between Portugal and Spain, signed at Utrecht, 6 February 1715.

412) 공식 명칭은 Traité de paix de Paris 이며, 1856년 3월 30일 파리 회의에서 러시아와 오스만, 영국, 프랑스, 사르디니아 등 5개국이 서명하였다. 이후 1856년 4월 16일 발효하였다. 전체 조약은 다음의 다섯 부분으로 구성된다. (1) 평화와 우호관계에 관한 일반 조약(Traité général de paix et d’amitié), (2) 해협 조약(Convention des Détroits), (3) 흑해의 중립화 조약(Convention relative au nombre et à la force des bâtiments de guerre que les Puissances riveraines entretiendront dans la mer Noire. sur la neutralisation de la mer Noire), (4) 엘런드 제도 조약(Convention sur les îles d’Aland), (5) 해양법에 관한 파리 선언(Déclaration du Congrès de Paris sur le droit maritime).

413) 19세기에 튀르크와 러시아간 수차레 전쟁 후 1878년 3월 3일 양국간 산스테파노 평화조약이 체결되었다. 동 조약을 통해 터키 술탄은 몬테네그로, 세르비아 및 루마니아의 독립을 인정하고, 불가리아의 자치를 승인하도록 요구받았다. 그러나 발칸 반도에서 러시아의 영향력이 확장되는 것을 두려워한 유럽 열강들은 동 조약을 개정하기 위한 목적으로 1878년 베를린 회의를 열었다. 동 회의의 결과로 채택된 것이 1878년 베를린 조약이다. 영국, 독일과 프로이센, 오스트리아-헝가리, 프랑스, 이탈리아, 러시아, 오스만 제국 등 7개국이 조약에 서명하였다.

414) 1913년 런던 조약은 제1차 발칸 전쟁(1912-1913)을 종결시키는 조약이었다. 교전당사국이었던 그리스, 불가리아, 세르비아, 몬테네그로, 오스만 제국은 동 조약 제3조에 따라 알바니아 독립 문제를 6대 강국(독일, 오스트리아-헝가리, 프랑스, 영국, 이탈리아, 러시아)에 회부했다. 6대 강국은 발칸 전쟁 문제를 해결하기 위해 일련의 대사회담을 가졌다. 1913년 7월 29일 제54차 대사회담에서는 알바니아의 독립국 승인을 위한 사항들이 합의되었다.

415) 대일강화조약이 비당사국인 한국에 미치는 법적 효력의 근거에 대해 논란이 있다. See 정재민, ‘대일강화조약 제2조가 한국에 미치는 효력’, 『국제법학회논총』 제58권 제2호 (2013), pp. 45-62; 박현진, ‘대일강화조약과 독도 영유권’, 『국제법론』 제28호 (2008), pp. 137-140.

416) Treaty on the Final Settlement with Respect to Germany. Crawford는 동 조약을 1945년 이후 체결된 평화적 합의 중 하나로 본다. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2006), p. 523.

이처럼 국제적 결정(international settlement)은 19-20세기 유럽 열강들을 중심으로 전쟁 종결 후 평화 조약을 체결하여 영토 문제를 처리하던 관행을 지칭한다. 이를 통해 국가간 국경을 새로 정하거나 신생국 또는 자유지구 등 새로운 국제적 실체를 탄생시켰다. 국제적 결정에 의한 영토 처분은 당사국이 아니더라도 이를 존중해야 한다는 점에서 대세적 효력을 가진다. 그런데 국제적 결정은 강대국에 의해 이루어지는 경우가 대부분이다. 강대국에 의한 국제적 결정이 대세적 효력을 갖는다는 것은 곧 강대국에 특수한 권한을 인정하는 것으로 비춰질 수 있다. 이는 국제법상 주권평등원칙에 일견 반하는 것으로 보인다.

Westlake는 이 문제를 다음과 같이 설명한다. 19세기에는 강대국들이 약소국에 영향을 미치는 결정을 그 국가와 아무런 협의 없이 내리는 경우가 빈번했다. 이때 강대국들은 무력을 사용할 필요가 없었다. 약소국들은 아무런 저항도 할 수 없었으므로 강대국들의 결정을 묵인할 수밖에 없었기 때문이다.<sup>417)</sup> 그런데 주권평등원칙 및 동의를 원칙에 따르면, 국가들은 해당 국가의 동의가 없는 한 타국의 영토 보전이나 정치적 독립에 부정적 영향을 미치는 행위를 할 수 없다. 이는 국제사회에서 오랜 기간 인정되어 온 중요 원칙 중 하나이다. 대국(大國)이라고 해서 소국(小國)보다 더 강력한 주권이 인정되지 않으며, 모든 국가는 법적 권리의 무에 있어 동등한 위치에 있다.<sup>418)</sup> 그러나 국제 실행에서는 일부 강대국들이 조약을 체결해서 타국 영토 문제에 개입하는 경우가 빈번했다. 대국과 소국 간 법적 평등이 인정될지라도, 정치적 불평등은 엄연히 존재했던 것이다.<sup>419)</sup>

---

물론 동 조약이 엄밀한 의미에서 강화조약인지에 대해서는 이론의 여지가 있다..

417) J. Westlake, *International Law: Part I Peace*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1910), p. 321.

418) C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (Oxford: Clarendon Press, 1934), §§ 16, 17, 18; E. Vattel, *The Law of Nations* (Indianapolis: Liberty Fund, 2008), Preliminaries, p. 75, §§ 18, 19.

419) Dickinson은 이를 법적 행위능력과 정치적 행위능력의 차이로 설명한다. 전자는 법적 권리 및 법률행위와 관련되며, 후자는 국제회의 및 국제기구에서의 대표성, 표결, 기여도 등과 관련된다. 법적 행위능력에 관련된 법칙은 개별 실체로서 국가간 관계에 적용되며, 정치적 행위능력에 관련된 법칙은 국제적 집단행위의 특권 및 책임에 대한 국가들의 참여에 적용된다. Dickinson에 따르면, 많은 저자들이 국가간 평등 관념에

Crawford가 지적한 것 같이, 국제적 결정의 실행과 주권평등원칙 간 관계 문제는 그 동안 상당 부분 도외시되어 왔다.<sup>420)</sup> 물론 19-20세기에 강대국들이 내린 국제적 결정 중에는 부당한 정치적 간섭인 경우도 있고, 명백히 불법적인 경우도 적지 않았다. 그러나 일부 결정은 오늘날까지도 유효한 것으로 받아들여지고 있다. 특히 공익(general interest)이 관련된 사안이 그러하다. 공익과 관련된 영토적 처분에는 동의의 원칙을 초월하는 객관적 효력이 인정되었다.<sup>421)</sup>

가장 대표적인 사례로 Åland Islands 사건을 들 수 있다. Åland 제도는 스웨덴과 핀란드 사이의 보스니아(Bothnia) 만 입구에 위치한 일련의 섬이다. Åland 제도는 군사 및 해상 무역에 관한 전략적 요충지였다. 크림 전쟁 당시까지만 해도 러시아가 동 제도를 영유했다. 1830년 러시아는 Åland 제도에 방어 시설을 구축하기 시작했다. Åland 제도의 무장화가 발트 해에서의 해상 무역에 큰 위협이 된다고 판단한 영국과 스웨덴은 러시아의 조치에 반발했다.<sup>422)</sup> 크림 전쟁 중 프랑스와 영국 연합군은 Åland 제도의 Bomarsund 요새를 파괴했다.<sup>423)</sup> 크림 전쟁을 종료시킨 1856년 파리 조약 제33조는 같은 해 체결된 Åland 제도에 관한 협약이 동 조약의 일부를 구성한다고 규정했다. 1856년 Åland 제도에 관한 협약(이하 ‘1856년 협약’)은 러시아가 프랑스와 영국의 요구를 수용하여 동 제도를 비무장화하겠다는 내용을 담고 있었다.

제1차 세계대전 당시 러시아는 Åland 제도의 비무장화 의무를 제대로 이행하지 않았다. 오히려 섬을 무장화하고 독일군 대항 기지로 적극 활용했다.<sup>424)</sup> 스웨덴은 Åland 제도의 무장화가 1856년 협약 위반이라고 주

---

대해 혼선을 빚는 것은 이 두 개념의 차이를 정확히 인식하지 못했기 때문이라고 한다. E. Dickinson, *The Equality of States in International Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1920), p. 280.

420) Crawford, *supra* note 416, pp. 504-505.

421) Ibid, p. 536.

422) N. Padelford & K. Andersson, 'The Aaland Islands Question', *American Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3 (1939), p. 467.

423) Ibid.

424) L. Hannikainen, 'The Continued Validity of the Demilitarised and Neutralised Status of the Åland Islands', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 54 (1994), p. 617.

장했지만, 러시아는 일시적인 무장화는 협약상 허용된다고 반박했다.<sup>425)</sup> 1917년 소비에트 사회주의 공화국이 선포되고, 핀란드는 독립을 선언했다. 핀란드는 러시아로부터 독립하면서 자신이 Åland 제도의 영유권을 가진다고 주장했다.

동 사안에서는 Åland 제도의 특수한 성격이 중요하다. Åland 제도와 핀란드는 19세기 초까지만 해도 원래 스웨덴의 영토였다. 그러나 1808년 러시아가 이를 점령한 후, 1809년 스웨덴은 러시아와 프레드릭스함 조약(Treaty of Fredrikshamn)을 체결하여 두 지역에 대한 주권을 러시아에게 넘겨주었다.<sup>426)</sup> 핀란드 본토와 달리 Åland 제도 주민들은 스웨덴으로부터 분리되는 것에 강력히 저항했다. 따라서 Åland 제도의 러시아령 편입은 핀란드에 비해 늦게 이루어졌다.<sup>427)</sup> 1917년 러시아 혁명이 일어나자마자 곧바로 Åland 제도 주민들은 러시아로부터 분리 독립하여 스웨덴으로 편입되고 싶다는 의사를 공개적으로 표명했다.<sup>428)</sup> 1917년 12월 31일 주민 투표에서 7천명 이상의 주민들이 스웨덴으로의 편입에 찬성했다.<sup>429)</sup> 이후 1919년 6월 실시된 주민 투표에서는 전체의 95 퍼센트 이상의 주민이 찬성했다.<sup>430)</sup> 스웨덴 정부는 이러한 움직임을 크게 환영했던 반면, 핀란드 정부는 이를 억제하려는 조치를 취했다.<sup>431)</sup>

Åland 제도 주민들이 스웨덴으로의 편입 여부를 주민 투표로 결정할 수 있는지에 관하여 스웨덴과 핀란드 간 분쟁이 발생했다. 국제연맹이사회는 1920년 7월 12일자 결의를 통해 동 분쟁을 담당할 국제법률가위원회(International Commission of Jurists)를 구성했다. 위원회에 맡겨진 쟁점은 다음 두 가지이다. ① 동 분쟁은 국제연맹규약 제15조 8항에 따라 핀란드의 배타적 국내 관할권 하에 속하는 사항인지 여부. ② Åland 제

---

425) Padelford & Andersson, *supra* note 422, p. 469.

426) 'Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question', *League of Nations Official Journal*, Special Supplement No. 3 (1920), p. 9.

427) Ibid.

428) Ibid, p. 10.

429) Ibid, p. 11.

430) Ibid.

431) Ibid.

도의 비무장화에 관한 국제적 의무의 현재 상황.<sup>432)</sup> 본 논의와 관련해서는 두 번째 쟁점이 중요하다. 동 쟁점의 핵심은 1856년 협약이 1920년 당시에든 여전히 유효한지 여부였다.

1856년 협약 제1조는 다음과 같이 규정했다. ‘러시아 황제는 (...) Åland 제도가 무장화되지 않을 것이며, 어떠한 육군 및 해군 기지도 유지되거나 수립되지 않을 것임을 선언한다.’ 협약 체결 당시 Åland 제도는 러시아가 영유하고 있었다. 따라서 협약상 Åland 제도의 비무장화 의무가 러시아에게만 귀속되는 인적 의무인지 여부가 문제되었다. 만약 인적 의무라면 핀란드에게는 이러한 의무가 발생하지 않을 것이다. 스웨덴은 Åland 제도 비무장화 의무가 지역권(servitude)의 성격을 가지므로 동 제도의 모든 영유권자가 이를 부담한다고 주장했다.<sup>433)</sup> 그러나 국제법률가위원회는 스웨덴과 Åland 제도가 요역지(要役地)와 승역지(承役地)의 관계에 있지 않다는 이유로 이 주장을 받아들이지 않았다.<sup>434)</sup>

위원회는 핀란드가 Åland 제도 비무장화 의무를 부담하는 근거로 1856년 협약의 ‘유럽적 성격(European character)’을 들었다. 즉 Åland 제도의 전략적 중요성은 스웨덴이라는 일국의 이해관계를 초월한 ‘유럽의 공익(general European interest)’이 걸린 사안이었다.<sup>435)</sup> 위원회는 당시의 정치적 상황과 준비문서 및 협약 문언을 고려했을 때, 1856년 협약은 유럽의 이해관계를 규율하는 국제적 결정(settlement)이라고 보았다.<sup>436)</sup> 이러한 영속적 국제적 이익(permanent international interest) 때문에 1856년 협약으로 설정된 상황이 유지되어야 한다고 위원회는 판단했다.<sup>437)</sup>

두 번째 쟁점, 즉 Åland 제도의 비무장화에 관한 국제적 의무의 현재 상황에 대한 위원회의 결론은 다음과 같다. 1856년 협약은 유럽의 공익을 위해 만들어진 규정이다. 따라서 이는 Åland 제도의 군사적 이용에

---

432) Ibid, p. 3.

433) Ibid, p. 16.

434) Ibid, p. 17.

435) Ibid.

436) Ibid.

437) Ibid.

관한 특별한 국제적 지위를 구성한다. 협약이 다른 국제법 규범으로 대체되지 않는 이상, 모든 이해관계국은 협약의 준수를 주장할 권리가 있다. 또한 Åland 제도를 영유하는 모든 국가는 협약상 비무장화 의무에 구속된다.<sup>438)</sup>

이처럼 위원회는 Åland 제도의 영유권자 변경이라는 사정의 근본적 변경에 준하는 상황의 변동이 있었음에도 1856년 협약이 여전히 유효하다고 판단했다. 뿐만 아니라, 협약 제1조가 분명히 러시아에 대해 비무장화 의무를 부과하고 있음에도, 동조의 적용 범위를 Åland 제도의 모든 영유권자로 확대 해석했다. 당시 핀란드는 위원회의 결정을 큰 반발 없이 수용했다. 1921년 핀란드와 스웨덴을 포함한 7개국은 1856년 협약의 내용을 재확인하는 협약<sup>439)</sup>을 체결했다. 1921년 협약은 국제연맹을 협약상 의무 이행 여부를 감시하는 기구로 지정했다(제7조).

1856년 협약과 1921년 협약상 Åland 제도의 비무장화 의무는 이후 여러 차례 재확인되었다. 제2차 세계대전 당시 나치 독일과 소련은 Åland 제도를 점령하려고 했다. 핀란드는 이에 대항하여 Åland 제도에 요새를 구축했다. 그러나 이는 Åland 제도의 중립성을 보장하기 위한 방어적 조치에 불과했다. 핀란드는 1921년 협약 당사국들에게 이러한 조치를 취했음을 통고했고, 당사국들은 부정적 반응을 보이지 않았다.<sup>440)</sup> 핀란드와 소련은 겨울전쟁(1939-1940) 종료 후 평화협정을 체결하면서 Åland 제도에 관한 조약<sup>441)</sup>도 체결했다. 협약 제1조에 따르면, 핀란드 및 모든 국가는 Åland 제도를 무장화할 수 없다. 1941년 핀란드와 소련 간 전쟁이 재발했다. 1944년 핀란드가 소련 및 영국과 체결한 모스크바 평화협정<sup>442)</sup>

---

438) Ibid, p. 19.

439) Convention relative à la Non-Fortification et à la Neutralisation des Îles d'Åland, Signé à Genève, le 20 octobre 1921.

440) H. Rotkirch, 'The Demilitarization and Neutralization of the Åland Islands: A Regime 'in European Interests' Withstanding Changing Circumstances, *Journal of Peace Research*, Vol. 23, No. 4 (1986), p. 371; Hannikainen, 'The Continued Validity of the Demilitarised and Neutralised Status of the Åland Islands', *supra* note 424, p. 618.

441) Agreement between Finland and the Soviet Union Concerning the Åland Islands.

442) Armistice Agreement between the Union of Soviet Socialist Republics and the

은 1940년 평화협정 내용을 재확인했다. 1947년 파리 평화조약의 일환으로 체결된 핀란드 평화조약<sup>443)</sup> 제5조는 Åland 제도가 계속해서 비무장화 상태를 유지해야 한다고 규정했다.

20세기 후반에 와서도 1856년 협약 및 1921년 협약의 내용이 여전히 준수되고 있다. 1981년 핀란드-스웨덴 국경 조정으로 인해 국경의 일부가 Åland 제도의 비무장지대 한계선과 겹치게 되었다. 1921년 협약의 당사국들과 1940년 조약의 당사국인 소련에게 이 사실이 통보되었다.<sup>444)</sup> 1986년 스웨덴 외교부 장관은 핀란드가 1921년 협약을 준수할 의무를 여전히 부담하며, 그 동안 모범적으로 이를 준수해 왔다는 내용의 성명서를 발표했다.<sup>445)</sup> 이후 1990년대 초에 핀란드가 유럽공동체(European Communities)에 가입하면서 Åland 제도의 지위가 또다시 문제되었다. 1992년 유럽공동체 위원회(European Communities Commission)는 핀란드가 가입 문제를 검토하면서 Åland 제도의 비무장화 및 중립화에 관한 ‘현재 지위(present status)’는 1921년 협약에서 비롯된다고 설명했다.<sup>446)</sup>

Åland 제도의 비무장화는 19세기 말-20세기 초에 행해진 국제적 결정(international settlement)으로서 오늘날까지 유지되어 온 소수의 사례들 중 하나이다. 비무장화 의무는 러시아로부터 핀란드, 그리고 유럽공동체에 이르기까지 계속해서 인정되어 왔다. 핀란드의 강력한 조약 이행 의지도 물론 이에 작지 않게 기여했을 것이다. 그러나 한편으로는 동 의무가 강한 국제공약적 고려를 반영하고 있었기에 오늘날까지 유지될 수 있었다고 볼 수도 있다. 동 사안을 조약의 대세적 효력이 아닌 비무장화 의무의 국가 승계로 설명할 수 있다는 견해도 있다.<sup>447)</sup> 그러나 1920년

---

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, on the one hand, and Finland on the other.

443) Treaty of Peace with Finland.

444) Rotkirch, *supra* note 440, p. 373.

445) L. Hannikainen, 'The International Legal Basis', in L. Hannikainen & F. Horn (eds.), *Autonomy and Demilitarisation in International Law: The Åland Islands in a Changing Europe* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), p. 63.

446) 'The Challenge of Enlargement: Commission Opinion on Finland's Application for Membership', *Bulletin of the European Communities*, Supplement 6/92 (4 November 1992), p. 24.

447) Cahier, *supra* note 19, pp. 665-668.

국제법률가위원회는 조약 의무의 승계는 전혀 언급하지 않았다. 위원회가 국가승계의 논리가 아닌, 유럽 전체의 공익에 기한 조약의 객관적 성격을 판단 근거로 삼았다는 사실은 상당한 주목을 요한다.

## II. 국제기구 설립 조약

범세계적인 국제기구를 설립하는 조약도 비회원국에 대해 일정한 법적 효력을 갖는다. 가장 대표적인 사례가 바로 UN이다. UN은 ‘인류에게 말로 다 할 수 없는 비애를 두 차례나 가져온 전쟁의 재앙에서 미래 세대를 구하기 위해’<sup>448)</sup> 만들어진 기구이다. 즉 양차 대전이라는 전 세계적인 비극이 되풀이되지 않기 위해 설립되었다. UN은 또한 ‘기본적인 인권과 인간의 존엄성 및 가치, 남녀 및 대·소국의 평등한 권리에 대한 신념을 재확인’<sup>449)</sup>하는 목적도 갖는다. 국제사회 전체와 관련된 공익을 실현하기 위한 기구로서 UN은 특수한 성격이 인정될 필요가 있다. 즉 UN의 회원국이 아닌 국가에 대해서도 UN의 객관적 법인격이 인정되어야 UN이 보다 원활하게 임무를 수행할 수 있다. 이는 곧 UN을 설립한 UN헌장이 비당사국에 대해서도 일정한 구속력을 가짐을 의미한다.

UN 설립 초기에 실제로 이 점이 문제되었다. 1947-1948년 제1차 중동 전쟁 당시 UN 안전보장이사회는 스웨덴 외교관 출신 Bernadotte 백작을 중재관으로 임명했다. 그러나 Bernadotte 백작은 예루살렘에서 UN의 공무를 수행하던 중 피살되었다. 당시 신생 국제기구였던 UN은 공무를 수행 중인 직원들의 신체적 안전 보호를 한층 강화할 필요성을 느꼈다. 이를 위해서는 UN이 유책국에 대해 손해 배상을 청구할 능력을 갖춰야 했다. 이에 UN총회는 ICJ에 대해 다음의 법적 쟁점에 관한 권고적 의견을 요청했다. ① UN 직원이 공무를 수행하던 도중 일국의 책임을 수반하는 손해를 겪게 된 경우, UN은 국제기구로서 유책국에 대해 국제소송을 제기할 능력을 가지는가? ② 만약 그렇다면, UN의 보호권과 피

---

448) UN헌장 전문 제1문.

449) Ibid.



해자 국적국의 외교적 보호권은 어떠한 관계에 놓이는가?<sup>450)</sup> 여기서는 본 논의와 직접적으로 관련된 쟁점 ①에 대한 ICJ의 권고적 의견만 살펴보기로 한다.

ICJ는 우선 ‘국제 소송을 제기할 능력(capacity to bring an international claim)’에 대해 검토했다. 국제 소송을 제기할 능력은 국가가 가지는 능력이다. 즉 국가는 타국에 대해 국제 소송을 제기할 수 있다. 이러한 능력이 UN이라는 국제기구에 대해서도 인정될 수 있는가? ICJ는 이 질문에 답하기 위해 우선 UN헌장이 그러한 지위를 UN에 부여하고 있는지를 검토했다. 만약 그렇다면 UN이 회원국들에 대해 자신의 권리를 존중해 줄 것을 요구할 수 있을 것이다. ICJ는 이것이 곧 UN이 국제법인격을 갖는지 여부의 문제라고 보았다.<sup>451)</sup>

ICJ에 따르면, 국제공동체적 생활에서 제기되는 여러 가지 필요가 국제법의 발달에 큰 영향을 미쳐 왔다.<sup>452)</sup> 또한 국가들 간 집단적 행동의 증가로 인해 비국가적 실체의 국제적 행위가 발생하게 되었다. 그 정점에는 바로 UN의 출범이 있다.<sup>453)</sup> ICJ는 UN이 헌장상 목적 및 원칙을 달성하기 위해서는 국제법인격의 부여가 필수불가결하다고 설명했다.<sup>454)</sup> UN의 회원국에 대해서는 국제법인격이 비교적 쉽게 인정될 수 있을 것이다. 그렇다면 UN이 과연 비회원국에 대해서도 국제소송을 제기할 능력을 가지는가? 이에 대해 ICJ는 다음과 같이 대답하였다. ‘국제공동체의 대다수를 대표하는 50여개 국가는 국제법에 따라 객관적 국제법인격을 가진 실체를 탄생시킬 권한이 있다.’<sup>455)</sup>

물론 이 문제를 UN이라는 국제기구의 법인격 측면으로 한정지을 수도 있다. 그러나 UN은 UN헌장이라는 국제 조약에 의해 탄생했다. 즉 UN과 UN헌장은 따로 분리할 수 없는 긴밀한 관계를 맺고 있다. 따라서 UN이

---

450) *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 175.

451) Ibid, p. 178.

452) Ibid.

453) Ibid.

454) Ibid.

455) *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 185.

객관적 법인격을 갖는다는 것은 곧 UN을 설립한 원조약 역시 비당사국에 대해 일정한 법적 효력을 가짐을 의미한다. 그런데 ICJ는 UN과 UN헌장의 제3자적 효력을 설명하면서 제3국에 권리·의무를 부여하는 조약 또는 조약 규정의 관습국제법화는 언급하지 않았다. UN헌장에는 UN과 제3국의 관계에 대한 명문의 규정이 없기 때문이다. ICJ는 그 대신 ‘국제공동체의 대다수를 대표하는 50여개 국가’의 ‘권한(power)’을 주요 근거로 삼았다. ICJ는 또한 앞서 살펴본 다른 근거들도 고려해야 한다고 강조했다.<sup>456)</sup> 즉 UN이 헌장상 목적 및 원칙을 달성하기 위해서는 국제법 인격이 반드시 인정되어야 한다. UN헌장상 목적과 원칙은 국제공동체의 필요에 의해 수립되었다.

결국 ICJ의 권고적 의견에 따르면, 국제공동체의 필요에 의해 UN헌장과 UN이 수립되었기에, UN이 그 기능을 제대로 수행하려면 객관적 법인격이 인정되어야 한다. 국제공동체를 대표하는 50여개 국가는 이러한 국제공동체의 필요를 결정할 권한을 가진다. 이는 앞에서 살펴본 국제적 결정(international settlement)과 상당 부분 유사하다. 국제적 결정 역시 일부 국가가 국제적 공익을 위해 내린 결정에 객관적 효력을 인정하기 때문이다. 물론 Åland 제도에 설정된 법적 지위는 특정 영역에 설정된 법체제라는 점에서 UN의 국제법인격과 완전히 동일시될 수는 없다. 전자는 해당 영역을 이용하는 국가에 대해 일방적으로 부작위의무를 지운다. 반면 후자는 두 법적 주체 간 다층적인 권리의무관계를 형성한다. 그럼에도 불구하고 양자는 모두 조약이 비당사국에 대해 일반적 권리의무를 발생시킨다는 점에서 특수성을 가진다.

### III. 위임통치·신탁통치협정

특정 영역의 위임통치 또는 신탁통치에 관한 협정도 대세적 효력을 가진다. 해당 지역에 모든 국가들이 인정해야 할 일정한 법적 지위를 설정하기 때문이다. 물론 위임통치 또는 신탁통치지역의 법적 지위는 국가

---

456) Ibid, p. 184.

또는 UN에 인정되는 국제법인격에 미치지 못하는 못한다. 그러나 모든 국가들이 존중해야 하는 법적 체제를 설정한다는 점에서 특수성을 가진다.

위임통치제도는 국제연맹 시기에 처음으로 도입되었다. 제1차 세계대전 이후 승전국들은 패전국의 식민지로서 아직 독립 국가의 형태를 갖추지 못한 지역에 대해 국제연맹의 위임을 받아 대리 통치했다. 주로 독일 제국과 오토만 제국의 식민지들이 이에 해당했다. 국제연맹규약 제22조는 위임통치의 원칙을 다음과 같이 규정한다. ‘주민들의 복지와 발전은 전 세계의 신성한 위탁(sacred trust of civilisation)을 구성한다.’

1945년 UN 수립 이후 대부분의 위임통치지역들은 위임통치가 해제되거나 UN의 신탁통치지역으로 편입되었다. UN헌장 제77조 1항 (a)에 따르면, 현재 위임통치하에 있는 지역에 대해 신탁통치제도가 적용될 수 있다. 헌장 제78조에 의하면 UN회원국이 된 지역에는 신탁통치제도가 적용될 수 없다. 위임통치지역 중에서 UN회원국이 되지 않았는데도 신탁통치지역으로 자동 편입되지 않은 유일한 지역으로 서남아프리카가 있다. 서남아프리카의 위임통치권자였던 남아프리카연합(Union of South Africa)이 이를 거부했기 때문이다. 이것이 바로 *International Status of South-West Africa* 사건이다.

제1차 세계대전 이전까지 서남아프리카 지역은 독일의 해외 식민지였다. 그러나 1919년 베르사유 조약에 따라 독일은 해외 식민지에 대한 모든 권리 및 권한을 연합국 측에 이양했다(제119조). 연합국은 남아프리카 연합에게 서남아프리카 지역의 위임통치권한을 부여했다. 1920년 12월 17일 국제연맹이사회는 이 사실을 확인하면서 위임통치의 조건을 정했다.<sup>457)</sup> 위임통치의 조건과 앞서 살펴본 국제연맹규약 제22조를 고려하면, 남아프리카연합은 영토를 할양받거나 주권을 이양 받은 것이 아니며, 단지 국제연맹을 대리하여 국제적 행정 기능을 담당하는 것일 뿐이었다.<sup>458)</sup>

---

457) 'League of Nations Mandate for German South-West Africa', Reprinted in UN Doc. A/70 (1946).

458) *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 132.

국제연맹이 해체된 후, 남아프리카연합은 위임통치권도 이와 함께 소멸했다고 주장했다. 1949년 12월 6일, UN총회는 서남아프리카 지역의 국제적 지위에 관해서 ICJ의 권고적 의견을 구하는 결의를 채택했다. 총회가 제기한 쟁점은 크게 세 가지였다. (a) 남아프리카연합은 서남아프리카 위임통치와 관련된 국제적 의무를 계속해서 부담하는가? 만약 그렇다면 이러한 의무는 정확히 무엇인가? (b) UN헌장 제12부의 규정이 서남아프리카에 적용될 수 있는가? 만약 그렇다면 어떤 식으로 적용되는가? (c) 남아프리카연합은 서남아프리카 지역의 국제적 지위를 변경할 수 있는 권한을 가지는가? 만약 그렇지 않다면 동 지역의 국제적 지위를 결정하고 변경할 권한은 누구에게 속하는가?<sup>459)</sup> 본 논의와 관련된 쟁점 (a)에 대한 ICJ의 판단만 여기서 살펴보기로 한다.

ICJ는 우선 남아프리카연합의 주장이 국제연맹규약 제22조와 위임통치 그 자체에 의해 창설된 법적 상황을 오해한 것에서 비롯된다고 지적했다. 즉 국제연맹은 국내법적 의미에서의 위임인(mandator)이 아니며, 감시와 통제의 국제적 기능을 담당했을 뿐이다.<sup>460)</sup> ICJ에 따르면, 국제법으로 규율되는 위임통치제도의 목적은 국내법상 위임제도로 규율되는 계약적 관계를 초월한다. 위임통치체제는 ‘해당 지역의 주민과 인류 전체의 유익을 위하여’ 설정된 것으로, ‘전 세계의 신성한 위탁’이라는 국제적 목적을 가진 국제적 제도이다.<sup>461)</sup> 따라서 위임통치체제를 규율하는 국제법 규범들은 남아프리카연합을 포함하여 모든 국제연맹 회원국들에게 인정되는 국제적 지위를 서남아프리카 지역에 설정했다.<sup>462)</sup> 남아프리카연합에게 부과된 의무는 전 세계의 신성한 위탁이므로, 그 이행 여부는 국제연맹의 존속 여부에 달려있지 않다고 ICJ는 판단했다. 비록 국제연맹이 소멸되더라도 위임통치의 목적은 계속 유지된다. 국제연맹은 감시기구에 불과하기 때문이다.<sup>463)</sup> 마찬가지로, 이러한 의무에 상응하는 위임통치지역 주민들의 권리도 국제연맹과 함께 소멸하지 않았다는 것이

---

459) Ibid, p. 129.

460) Ibid, p. 132.

461) Ibid.

462) Ibid.

463) Ibid, p. 133.

ICJ의 견해였다.<sup>464)</sup>

McNair 재판관은 개별적 의견에서 이는 Åland 사건보다 한층 더 강력한 국제 공익이 관련된 사안이라고 보았다.<sup>465)</sup> 즉 국제연맹규약 제22조 상 원칙에 따라 창설된 동 위임통치체제는 단순한 계약적 근거를 넘어서서, 해당 영토에 특수한 지위를 영구히 부여한다.<sup>466)</sup> McNair 재판관은 또한 남아프리카연합의 위임통치협정상 의무가 계약적 성격과 처분적(dispositive) 성격을 동시에 가진다고 보았다.<sup>467)</sup> 위임통치체제가 수임인인 남아프리카연합에게 물적(*in rem*), 즉 대세적(*erga omnes*) 점유권 및 행정권을 부여했다는 것이다.<sup>468)</sup> 이는 위임통치체제를 인정한 모든 국가에 대해 유효하다. McNair는 서남아프리카의 지위가 물적 대세효를 갖기 때문에 국제연맹의 소멸에 영향을 받지 않는다고 결론 내렸다.<sup>469)</sup>

1950년 *International Status of South-West Africa* 권고적 의견이 내려진 이후에도 ICJ에서는 서남아프리카 사건이 계속해서 문제되었다. UN총회의 표결 절차 및 청문회 제도가 1950년 ICJ의 권고적 의견과 합치하는 지가 쟁점으로 떠올랐다. ICJ는 1955년<sup>470)</sup>과 1956년<sup>471)</sup>의 권고적 의견에서 두 질문에 대해 긍정적으로 답하였다. ICJ의 권고적 의견이 세 차례나 나왔음에도 불구하고, 남아프리카 정부는 UN에 협조적 태도를 보이지 않았다. 이에 UN총회는 1959년 11월 17일자 결의에서 회원국들에게서남아프리카 위임통치협정의 해석 및 적용에 관한 남아프리카와의 분쟁을 ICJ에 회부할 수 있음을 시사했다.<sup>472)</sup> 1920년 서남아프리카 위임통치협정 제7조는 남아프리카와 다른 국제연맹 회원국 간 동 협정의 적용 및 해석에 관한 분쟁이 발생할 시에 이를 PCIJ에 회부할 수 있다고 규정했

---

464) Ibid.

465) Ibid, Separate Opinion by Sir Arnold McNair, p. 154.

466) Ibid.

467) Ibid, p. 156.

468) Ibid.

469) Ibid, pp. 156-157.

470) *South-West Africa - Voting Procedure*, Advisory Opinion of June 7th, 1955: I.C.J. Reports 1955.

471) *Admissibility of Hearings of petitioners by the Committee on South-West Africa*, Advisory Opinion of June 1st, 1956: I.C.J. Reports 1956.

472) UN Doc. A/RES/1361 (XIV) (1959).

다.

1960년 국제연맹의 전(前) 회원국이었던 에티오피아와 라이베리아는 위임통치협정을 위반했다는 이유로 남아프리카를 ICJ에 제소했다. 동 사건은 서남아프리카 위임통치협정과 제3국 간 관계를 살펴봄에 있어 상당히 중요한 의미를 가진다. 남아프리카는 4개의 선결적 항변을 제기했으나, ICJ는 자신이 본안 판결을 내릴 관할권을 가진다고 결론 내렸다.<sup>473)</sup> 남아프리카의 선결적 항변 중 특히 다음 두 가지가 중요하다. 첫째, 당시 국제연맹은 해산된 상태였으므로 에티오피아와 라이베리아는 서남아프리카 위임통치협정 제7조에 따라 PCIJ에 분쟁을 회부할 수 있는 ‘국제연맹의 다른 회원국’이 아니다.<sup>474)</sup> 이에 대해 ICJ는 남아프리카가 서남아프리카 병합을 시도할 때 주민들의 이해관계를 가장 효과적으로 방어할 수 있는 유일한 수단은 국제연맹 회원국들의 제소라고 보았다.<sup>475)</sup>

둘째, 에티오피아와 라이베리아는 동 사안에 대해 어떠한 법적 이해관계도 없으므로 원고적격을 인정할 수 없다.<sup>476)</sup> 이에 대해 ICJ는 위임통치지역 주민들의 복지와 발전은 회원국들의 실질적 이해관계보다 덜 중요할 수 없다고 지적했다.<sup>477)</sup> Jessup 재판관도 국가들의 실질적 이해관계가 관련되지 않은 사안에 대해서도 국제법상 법적 이해관계가 인정되어 왔다고 보았다.<sup>478)</sup> Bustamante 재판관 역시 위임통치체제의 성질 및 목적에 비추어봤을 때 남아프리카의 주장은 타당하지 않다고 결론 내렸다. 즉 국제연맹과 회원국들에 부여된 ‘신성한 위탁’은 단순한 도덕적 책무가 아닌 법적 의무의 성격을 가지므로, 회원국들은 위임통치지역 주민의 보호에 직접적인 법적 이해관계를 가진다.<sup>479)</sup> 그러나 Spender 재판관과 Fitzmaurice 재판관은 정반대의 입장을 취했다. 이에 따르면, 에티오피아와 라이베리아가 서남아프리카 위임통치협정 제7조상 원고적격을 갖

---

473) *South-West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 347.

474) Ibid, p. 335.

475) Ibid, p. 337.

476) Ibid, pp. 342-343.

477) Ibid, p. 344.

478) Ibid, Separate Opinion of Judge Jessup, p. 425.

479) Ibid, Separate Opinion of Judge Bustamante, p. 380.

기 위해서는 자국의 이해관계가 직접적으로 침해되었어야 한다.<sup>480)</sup>

ICJ는 본안 단계에서 선결적 항변 단계와 전혀 반대되는 결론을 내렸다. 원고인 에티오피아와 라이베리아가 이 사안과 어떠한 법적 권리 또는 이해관계를 가지지 않는다고 판시했던 것이다.<sup>481)</sup> ICJ는 본안 단계가 두 국가의 원고적격을 다룬다는 점에서 소의 이익을 다루고 있는 선결적 항변 단계와 구분된다고 하면서 이러한 입장 번복을 정당화하려고 했다.<sup>482)</sup> 그러나 ICJ의 논리는 그다지 큰 설득력이 없어 보인다. 다수의견에 찬성하는 입장이었던 van Wyk 재판관도 본안 판결이 많은 부분에서 선결적 항변 단계 판결과 모순된다는 점을 인정했다.<sup>483)</sup> 본안 판결이 내려진 이후, UN총회는 남아프리카의 위임통치를 종료시키고 서남아프리카를 UN의 관할 하에 둔다는 내용의 결의<sup>484)</sup>를 통과시켰다.

UN총회의 이러한 결의는 실제로 집행되지 못했다. 이에 총회는 안보리의 도움을 요청했다. 1970년 UN안보리는 남아프리카 당국의 나미비아(서남아프리카)로부터의 철수 거부는 위법하다고 선언했다.<sup>485)</sup> 이어서 이 문제에 대해 ICJ의 권고적 의견을 구하는 결의<sup>486)</sup>를 채택했다. ICJ는 UN 회원국은 물론이고 비회원국들도 안보리 결의 제276호에 따라 UN의 나미비아 관련 활동에 협력해야 한다고 판시했다.<sup>487)</sup> UN헌장 제24조 및 제25조에 따르면, UN 회원국은 국제평화와 안전의 유지를 위한 일차적 책임을 안보리에 부여하며, 안보리 결정을 수락하고 이행할 의무를 부담한다. 비회원국은 제24조 및 제25조에 직접 구속되지 않는다. 그러나 ICJ에 따르면, 국제법 위반 상황의 합법화를 대세적으로 차단하기 위해서는 동사안 안보리 결의를 모든 국가들에게 효력을 갖는 것으로 보아야 한

---

480) Ibid, Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, pp. 558-559.

481) *South-West Africa*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 51.

482) Ibid, p. 18.

483) Ibid, Separate Opinion of Judge van Wyk, p. 67.

484) UN Doc. A/RES/2145 (XXI) (1966).

485) UN Doc. S/RES/276 (1970).

486) UN. Doc. S/RES/284 (1970).

487) *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 56.

다.<sup>488)</sup>

서남아프리카에 관한 위의 ICJ 판결 내용을 종합하면, 위임통치체제는 그 성립과 종료에 모든 국가들에 효력을 갖는 특수한 법적 체제이다. 위임통치체제가 갖는 대세적 효력의 기저에는 ‘전 세계의 신성한 위탁’이라는 목적이 있다. ICJ는 위임통치협정이 국제연맹과 남아프리카연합 간 체결된 계약의 성격을 초월하는 특수한 조약이라고 보았다. 위임통치협정의 목적이 위임통치지역 주민들의 권리를 보호하는 ‘전 세계의 신성한 위탁’이기 때문이다. 이러한 이유에서 위임통치협정 및 협정으로 설정된 위임통치체제는 대세적 효력 및 영속적 효력을 가진다. 앞에서 살펴본 평화조약 및 범세계적 국제기구 설립 조약도 국제공익적 목적을 가진다는 점에서 단순한 계약적 성격을 넘어서는 특수성이 인정된다. 다시 말하면, 위임통치협정과 평화조약, 범세계적 국제기구 설립 조약은 국제공익과 직결되기 때문에 일반 조약과 구별되는 특수한 효력인 대세적 효력을 가진다.

오늘날에는 더 이상 위임통치지역 또는 신탁통치지역이 존재하지 않는다. 1994년 UN안보리 결의로 팔라우에 대한 신탁통치협정이 종료됨으로써<sup>489)</sup> 기존의 모든 신탁통치협정이 소멸되었다. 이후 새로운 신탁통치협정은 단 한 건도 체결되지 않았다. 국제신탁통치제도에 관한 UN헌장 제12장 및 13장이 사문화되었으므로 이를 공식 폐지하자는 주장과, ‘실패국가(failed States)’ 문제 해결에 활용하자는 주장이 제기되었다.<sup>490)</sup> 두 주장 모두 UN헌장의 개정을 필요로 한다. 헌장 제78조에 따르면, UN 회원국에 대해서는 신탁통치제도가 적용될 수 없기 때문이다.

1994년 팔라우에 대한 신탁통치협정이 공식 종료되자, Boutros Boutros-Ghali UN 사무총장은 UN총회가 헌장을 개정하여 제12장과 제13장을 폐지해야 한다고 보았다.<sup>491)</sup> 이에 몰타 정부는 제45차 UN총회에서

---

488) Ibid.

489) UN Doc. S/RES/956 (1994).

490) Crawford, *supra* note 416, p. 600.

491) ‘Report of the Secretary-General on the Work of the Organization’, *Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 1*, UN Doc. A/49/1 (1994), p. 7, para. 46.



de Marco 의장이 했던 발언을 상기시키며 신탁통치제도를 새롭게 이용할 가능성을 제시했다.<sup>492)</sup> 당시 de Marco 의장은 인류의 공동 유산(common heritage)의 위탁을 신탁통치위원회의 역할에 추가할 것을 제안했다.<sup>493)</sup> 몰타 정부도 이에 찬성하면서 신탁통치이사회는 속령(屬領)의 후견자에서 국제 공유지(global commons)의 후견자이자 수탁자로 변모되어야 한다고 주장했다.<sup>494)</sup> 과거 식민지 지역 주민들의 권리 보호에서 한 걸음 더 나아가 현재 및 미래 세대의 국제 공유지에 대한 권리를 보호하는 역할을 담당해야 한다는 것이다. Boutros Boutros-Ghali 사무총장은 이 제안을 받아들이지 않았다.<sup>495)</sup> 그러나 남극, 심해저, 공해, 우주공간 등 국제 공유지는 그 성격상 특수한 규율 방식이 요구된다는 점은 분명하다. 국제 공유지의 이용에 관한 조약 역시 일정한 부분에서는 모든 국가들에게 법적 구속력을 미친다. 이하에서 더 자세히 살펴보기로 한다.

#### IV. 영역의 이용에 관한 조약

특정한 지역의 통치체제뿐만 아니라 이용관계를 규율하는 조약도 특수한 성질을 가진다. 조약 당사국을 넘어 모든 국가들에게 동 영역의 이용과 관련하여 일정한 법적 권리의무관계를 설정할 것을 의도하기 때문이다. 영역의 이용에 관한 조약의 가장 고전적 사례는 국제 하천 및 수로의 항행에 관한 조약이다. 이러한 국제수로협정들은 대체로 당사국과 비당사국을 포함한 모든 국가에 대해 해당 수로를 이용할 권리를 부여한다. 권리와 함께 수로 이용에 있어 준수해야 할 의무도 부과한다. 협정이 국가들에게 부여하는 권리에 초점을 맞춘다면, 국제수로협정을 제3국에 권리를 부여하는 조약으로 설명할 수도 있다. 1969년 비엔나 조약법

492) 'Declaratory Memorandum', Annex, UN Doc. A/50/142 (1995), p. 2.

493) 'Transforming the Role of Trusteeship Council', Appendix, UN Doc. A/50/142 (1995), p. 3.

494) Ibid.

495) 'Report of the Secretary-General on the Work of the Organization', *Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 1*, UN Doc. A/50/1 (1994), p. 11, para. 68.

협약 주석은 항행의 자유를 부여하는 국제수로협정상 규정들을 모든 국가에 대해 권리를 부여하는 규정(stipulation in favour of States generally)이라고 설명한다.<sup>496)</sup> 그러나 협정상 의무는 통행료 납부 등 기술적·행정적 성격뿐만 아니라, 타국으로의 무기 운송 금지 등 국제법상 의무의 성격도 가질 수 있다. 이러한 협정상 의무를 단순한 수로 이용 조건으로 보기는 어려울 것이다.

이보다 한층 더 특수한 성격을 가진 조약으로 1959년 남극조약<sup>497)</sup>이 있다. 남극조약은 남극에 대한 주권 주장을 동결하고 평화적 이용 체제를 수립했다. 이는 남극이라는 국제공유지의 이용관계를 대세적으로 규율함으로써 국제평화 및 안정에 기여하기 위함이다. 1967년 우주조약<sup>498)</sup>, 1979년 달 조약<sup>499)</sup>, 1982년 해양법협약<sup>500)</sup>의 공해·심해저 제도도 이러한 목적으로 마련되었다. 이 세 가지 조약은 우주 공간과 달, 심해저에 ‘인류의 공동 유산(Common Heritage of Mankind)’이라는 국제적 지위를 설정한다.

최근 일각에서는 국제공유지에서 공익을 훼손하는 국가들의 행위를 막기 위해 일견 대세적 효력을 표방하는 것처럼 보이는 조약들이 등장하고 있다. 대표적인 사례로 공해 어족자원 보존협정과 수중문화유산 보호협약 등이 있다. 조약 당사국들은 국제적 공익을 보호하기 위해 해당 영역을 이용하는 모든 국가에게 일정한 법적 의무를 부과하려고 시도한다. 물론 동 조약들이 실제로 대세적 효력을 갖는지에 대해서는 이론의 여지가 있다. 그러나 국가들의 이러한 시도 자체가 중요한 의미를 갖는다. 이는 국제적 문제들을 효과적으로 규제하기 위해 새로운 유형의 조약이 필요하다는 사실을 잘 보여준다.

---

496) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 228, para. 2.

497) 1959 Antarctic Treaty.

498) 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies.

499) 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies.

500) 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea.

## 1. 국제수로협정

국제하천(international rivers) 또는 국제수로(international waterways)<sup>501)</sup>란, 2개국 이상의 영역을 통과하는 하천 및 수로이다. 1997년 ‘국제수로의 비항행적 이용 규칙에 관한 UN 협약’<sup>502)</sup>(이하 ‘UN 국제수로이용협정’) 제2조 (b)도 국제수로를 이렇게 설명한다. 역사적으로 하천은 농업용수 등 인간의 생존에 필요한 여러 자원을 공급하고 화물 운송과 교역에도 중요한 역할을 담당했다. 그런데 국제하천은 둘 이상의 국가들이 인접해 있으므로 그 이용에 관해 국가간 분쟁이 발생할 수 있다. 이에 많은 인접국들은 조약을 체결하여 국제하천의 공동이용을 보장 및 규율해 왔다. 이하에서는 국제수로협정의 대표적 사례로서 1888년 수에즈 운하 협정<sup>503)</sup>, 파나마 운하 관련 조약들, 그리고 1919년 베르사유 조약의 킬 운하 조항에 대해 살펴보도록 한다.

### (1) 수에즈 운하 협정

수에즈 운하(Suez Canal)는 길이가 무려 162.5km에 달하는 세계 최장 해양 운하이다. 이 운하는 지중해와 인도양을 연결하는 최단거리 경로라는 점에서 전략적 중요성을 가진다. 프랑스인 Ferdinand de Lesseps는 수에즈 운하를 건설하기 위해 이집트의 Said Pasha 왕과 공동 출자하여 1858년 만국운하회사<sup>504)</sup>를 설립했다. 수에즈 운하는 1869년 개통되었다. 운하 건설에 크게 반대했던 영국은 운하 개통 후 입장을 바꾸어 1875년

---

501) ‘국제하천(international river 또는 fleuve international)’이라는 용어는 1879년 프랑스 법률사 Englehardt에 의해 처음 사용되었다. 반면, ‘국제수로(international waterways)’라는 용어는 제1차 세계대전 이후 체결된 평화협정에서 처음 사용되었다. B. Vitányi, ‘The Regime of Navigation on International Waterways, Part I: The Beneficiaries of the Right of Navigation’, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 5, 1974, p. 113.

502) 1997 United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses.

503) 1888 Convention respecting the Free Navigation of the Suez Maritime Canal.

504) Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez.

만국운하회사에 대한 이집트 정부 지분을 대량으로 매입했다. 이후 영국은 1882년 이집트 내 반제국주의 운동을 진압한다는 구실로 이집트를 점령하고 수에즈 운하에 군사기지를 설치했다.

1888년 10월 29일 영국을 포함한 9개 국가<sup>505)</sup>는 콘스탄티노플에서 ‘수에즈 운하 자유항행에 관한 협정’ (이하 ‘수에즈 운하 협정’)을 체결했다. 협정 제1조는 다음과 같이 시작한다. ‘수에즈 운하는 항상 이용이 자유로우며, 평시뿐만 아니라 전시에도 상선과 군함을 막론하고 모든 선박에게 기국의 차별 없이 개방된다.’<sup>506)</sup> 동조는 ‘모든 선박’에 대해 기국의 차별 없이 수에즈 운하를 자유롭게 개방한다. 협정 당사국 여부를 막론하고 모든 국가에게 대세적으로 적용 가능한 자유항행의 국제적 체제를 수립한 것이다.<sup>507)</sup>

자유항행체제의 부수적 결과로서 조약 당사국들은 평시뿐만 아니라 전시에도 수에즈 운하의 자유로운 이용에 어떤 방식으로든 간섭해서는 안 된다는 의무를 부담한다(제1조 2문). 수에즈 운하 협정이 오로지 당사국들에게만 법적 의무를 부과하는 것은 아니다. 다음의 조항들은 협정 당사국 여부를 불문하고 수에즈 운하를 이용하는 모든 국가들에게 일정한 의무를 부과한다. ‘수에즈 운하는 절대로 해상봉쇄권 행사의 대상이 되어서는 안 된다’ (제1조 3문), ‘전쟁의 권리, 적대적 행위 및 수에즈 운하의 자유항행을 방해하려는 목적을 가진 어떠한 기타 행위도 동 운하와 그 항구에서 행해질 수 없음에 조약 당사국들은 동의한다’ (제4조 1문), ‘교전국 군함은 수에즈 운하 및 그 항구에서 최소필요한도를 넘는 식량을 재충전하거나 비축품을 보급할 수 없다’ (제4조 2문), ‘교전국 군함은 조난의 경우를 제외하고는 24시간을 초과하여 포트사이드(Port Said)나 수에즈 내 정박소에 체류할 수 없으며, 가능한 한 빠른 시간 내에 퇴고해야 한다’ (제4조 3문). 이처럼 수에즈 운하의 관할국과 이용국 모두

505) 9개국에는 영국, 독일, 오스트리아, 스페인, 프랑스, 이탈리아, 네덜란드, 러시아, 터키 등이 포함된다.

506) 원문은 다음과 같다. ‘The Suez Maritime Canal shall always be free and open, in time of war as in time of peace, to every vessel of commerce or of war, without distinction of flag.’

507) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 29, para. 10.

운하의 자유항행이라는 협정의 목적을 지키기 위해 각각 일정한 의무를 부담한다.

1888년 수에즈 운하 협정으로 운하에 부착된 자유항행체제는 이후 운하와 관련된 여러 건의 국제 분쟁에서 재확인되었다. 우선 1948년 이스라엘 독립을 계기로 발발한 제1차 중동전쟁 당시 이집트는 수에즈 운하 협정 제10조상 ‘이집트의 방위 및 공공질서의 유지’라는 명목 하에 이스라엘 선박의 통항을 금지했다. UN안보리는 수에즈 운하에서의 상업적 국제운송에 있어 기국에 따른 차별적 제한을 철폐하도록 이집트에 요청했다. 특히 운하 내 운송의 안전과 협정 준수 확보에 필요한 정도 이상으로 과도하게 운송을 방해하지 말아야 한다고 강조했다.<sup>508)</sup> 이후 1954년 2월 UN안보리 제59차 회의에서 이집트 대표는 이스라엘이 1888년 수에즈 운하 협정 당사국이 아니므로 운하 자유항행권을 주장할 수 없다고 항변했다.<sup>509)</sup>

1954년 10월 19일 영국과 이집트는 ‘수에즈 운하 기지에 관한 조약’<sup>510)</sup>을 체결했다. 이에 따르면, 영국군은 20개월 이내에 수에즈 기지로부터 완전히 철수하나(제1조), 이집트는 외부로부터의 공격이 발생하는 경우 필요한 한도 내에서 영국군의 기지 사용을 허가한다(제4조). 특히 제8조에 주목할 필요가 있다. 동조는 1888년 수에즈 운하 협정상 자유항행체제를 재확인하고 있기 때문이다. 제8조에 따르면, 양국 정부는 수에즈 운하가 경제적·상업적·정치적 측면에서 국제적 중요성을 가진다는 사실을 인정하며, 동 운하의 자유항행을 보장하는 수에즈 운하 협정을 준수해야 한다.

1956년 7월 26일 이집트 Nasser 대통령은 수에즈 운하 회사를 국유화할 것이라고 선언했다. 아스완 하이 댐을 건설하기 위한 비용을 충당해야 한다는 이유에서였다. 그러나 실제로 이는 아랍-이스라엘 분쟁의 평화적 해결 시 댐 건설 비용을 지원해 주겠다는 미국의 제안을 거부한 것

---

508) UN Doc. S/2322 (1951).

509) Security Council Official Records, 9th year: 659th meeting, 15 February 1954, New York, p. 23. See also J. Obieta, *The International Status of the Suez Canal* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1960), pp. 87-88.

510) 1954 Agreement regarding the Suez Canal Base.

이었다. Nasser 대통령은 중동 지역에서 서구 세력의 영향력을 배제하고 이집트의 주도권을 강화하려고 했다. 이집트는 수에즈 운하 회사를 국유 화함과 동시에 이스라엘 선박의 수에즈 운하 통항을 완전히 금지했다. 이는 1888년 수에즈 운하 협정을 명백히 위반하는 조치였다.

1956년 8월 16일 제1차 런던 회의가 열리고, 수에즈 운하 협정 당사국 24개국이 초청되었다. 그러나 정작 분쟁 당사국인 이집트는 불참했다. 같은 해 9월 9일 호주 Menzies 수상은 이집트를 방문해 제1차 회의에서 합의된 수에즈 운하의 국제 관리 구상안을 전달했다. Nasser 대통령은 이를 거부했다. 이후 9월 19일 제2차 런던 회의가 열렸다. 미국 국무부 Dulles 장관은 ‘수에즈 운하 이용자 연합(Suez Canal User's Association)’ 설립을 제안했다. 동 연합에 수에즈 운하의 실질적 운영을 위탁해서 운하 이용국 권리를 관철시키자고 그는 주장했다. 15개국이 연합에 가입했고, 연합은 10월 1일부터 활동을 개시했다.<sup>511)</sup> 한편 10월 13일에 UN안보리는 수에즈 운하의 비차별적 자유항행과 이집트 주권 존중에 관한 결의를 채택했다.<sup>512)</sup>

1956년 10월 29일 이스라엘은 이집트를 공격해 가자 지구와 시나이 반도를 점령하고 수에즈 운하 방면으로 진군했다. 10월 31일 영국과 프랑스는 수에즈 운하 개방을 강요할 목적으로 이집트를 폭격하기 시작했다. 이후 1957년 4월 24일 이집트가 UN 사무총장에게 ‘수에즈 운하 이용에 관한 선언’<sup>513)</sup>을 기탁하면서 사태가 종결되었다. 동 선언에 따르면, 이집트는 1888년 수에즈 운하 협정 내용을 존중 및 이행한다(제1조). 모든 협정 당사국과 다른 관련국들도 동 협정 및 UN헌장의 원칙과 목적을 준수한다(제2조). 이집트 정부는 특히 ‘모든’ 국가의 선박에게 수에즈 운하 협정상 자유항행을 보장하기로 약속했다(제3조 (a)).

---

511) 제1차 및 제2차 런던 회의에서 제안된 수에즈 운하 국제 관리 방안과 수에즈 운하 이용자 연합은 1956년 10월 5일 UN안보리 제735차 회의에서도 논의되었다. See Security Council Official Records, 11th year: 735th meeting, 5 October 1956, New York.

512) UN Doc. S/RES/118 (1956).

513) ‘Declaration on the Suez Canal and the Arrangements for Its Operation’, Letter dated 24 April 1957 from the Minister for Foreign Affairs of Egypt, addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/3576 (1957); UN Doc. S/3818 (1957).

그럼에도 불구하고, 1967년 제3차 중동전쟁과 제4차 중동전쟁에서 수에즈 운하는 번번이 봉쇄되었다. 이스라엘 선박의 자유항행권은 1979년 3월 26일 워싱턴에서 체결된 이집트-이스라엘 평화 조약<sup>514)</sup>에서 비로소 명시적으로 인정되었다. 동 조약 제5조 1항은 1888년 수에즈 운하 협정이 모든 국가의 국민과 선박, 화물에 적용된다고 규정했다.

## (2) 파나마 운하 관련 제 조약

파나마 운하는 파나마 지협을 가로질러 태평양과 대서양을 연결하는 길이 약 80km의 인공 운하이다. 운하가 없었던 시절에 선박들은 남아메리카 최남단에 위치한 마젤란 해협 또는 혼곶(Cape Horn)을 지나는 항로를 이용했었다. 파나마 운하 건설로 운항거리 및 시간이 획기적으로 단축되었다. 2007년 9월에서 2016년 5월 사이에 운하 확장 공사가 이루어져 수용 규모가 2배로 증가했다. 2017년 1월 파나마 운하를 통과한 물류량은 약 3,610만 톤(PC/UMS)이며, 운하를 이용한 선박은 총 1,260척이라고 한다.<sup>515)</sup>

처음으로 파나마 운하에 관한 아이디어를 떠올린 사람은 신성로마제국 황제이자 에스파냐 국왕이었던 카를로스 5세로 알려져 있다. 그는 1534년 에스파냐와 페루 간 통항거리를 단축시킬 방안을 찾아보도록 지시했다. 파나마 운하 건설 계획은 1880년대가 되어서야 실행에 옮겨지게 되었다. 1881년 1월 1일, 당시 콜롬비아에 속해 있던 파나마 지역에 운하를 건설하려는 첫 시도가 이루어졌다. 수에즈 운하로 막대한 수익을 올렸던 프랑스인 Ferdinand de Lesseps가 이를 진두지휘했다. 그러나 파나마 운하 프로젝트는 기후와 지형 등의 문제로 거대한 난관에 봉착했고, 1889년 파산 지경에 이르렀다. 이후 미국 정부가 이 프로젝트를 인수해서 추진했다.

---

514) 1979 Peace Treaty between Israel and Egypt.

515) Panama Canal Authority, 'Panama Canal Sets New Monthly Tonnage Record', [<http://micanaldepanama.com/expansion/2017/02/panama-canal-sets-new-monthly-tonnage-record/>].

당시 미국은 파나마 지협을 당시 주권국이었던 뉴그라나다와 우호통상 조약<sup>516)</sup> (이하 ‘Mallarino-Bidlack 조약’)을 체결해 파나마 해협 통항권을 이미 확보해 놓은 상태였다. 프랑스 회사의 파나마 운하 프로젝트가 수포로 돌아간 후, 미국 의회는 1902년 6월 28일 Spooner Act<sup>517)</sup>를 통과시켰다. 미국 내부적으로 프랑스 회사의 운하 건설 프로젝트에 관련된 모든 특권과 권리를 인수하기로 합의한 것이다. 1903년 1월 22일 미국 Hay 국무부 장관과 콜롬비아 Herrán 외교 대행은 Hay-Herrán 조약을 체결했다. 미국은 이를 통해 파나마 지협을 영구조차하려고 했다. 동 조약은 미국 상원에서는 비준되었으나 콜롬비아 상원에서 비준되지 않아 결국 발효하지 못했다.

파나마가 콜롬비아로부터 분리 독립하려는 움직임이 포착되자, 미국은 이를 적극 지원했다. 미국은 Mallarino-Bidlack 조약 제35조에 근거하여 파나마 지협을 안전을 보장한다는 명분으로 파나마 지역에 군대를 파견했다. 1903년 11월 3일 파나마는 분리 독립을 공식 선언했다. 미국은 파나마의 독립을 재빨리 승인하고 11월 18일 파나마와 Hay-Bunau-Varilla 조약을 체결했다. 이에 따르면 미국은 파나마의 독립을 보장·유지하며 (제1조), 파나마는 미국에게 파나마 운하의 건설·유지·운영에 필요한 영역을 사용·점유·통제할 권한을 영구히 부여한다(제2조). 파나마는 동 영역에 대해 어떠한 주권적 권리나 권한도 행사하지 않으며, 미국에게 이를 부여한다(제3조). 제2조와 제3조는 파나마 운하의 주권과 관련하여 여러 문제를 야기했다.

1977년 9월 7일 미국과 파나마는 ‘파나마 운하 조약’<sup>518)</sup>과 ‘파나마 운하의 영구 중립과 운영에 관한 조약’<sup>519)</sup>(이하 ‘영구 중립 조약’)을 체결했다. 파나마 운하 조약은 파나마 운하에 관한 양국간 모든 기존 조

---

516) 1846 Tratado de Paz, Amistad, Navegación y Comercio (Treaty of Peace, Friendship, Commerce and Navigation). 일명 ‘Mallarino-Bidlack Treaty’.

517) Act to Provide for the Construction of a Canal Connecting the Waters of the Atlantic and Pacific Oceans.

518) 1977 Panama Canal Treaty.

519) 1977 Treaty concerning the Permanent Neutrality and Operation of the Panama Canal.



약들을 대체했다(파나마 운하 조약 제1조). 동 조약은 파나마 운영권을 파나마에게 점진적으로 이양하기 위한 여러 방안들을 규정했다. 파나마 운하 조약은 1999년 12월 31일자로 종료될 것이 예정되었다(제2조 제2항). 한편, 영구 중립 조약은 파나마 운하가 국제 수로로서 영구 중립적으로 운영될 것임을 선언했다(제1조). 조약상 확립된 영구 중립 체제에 따라 평시와 전시를 막론하고 파나마 운하는 무해 통과하는 모든 국가의 선박에게 비차별적으로 개방되었다(제2조). 미국과 파나마는 파나마 운하의 영구 중립을 위해 조약이 종료된 후에도 계속해서 영구 중립 체제를 유지해 나가기로 했다(제4조).

여기서 특히 중요하게 살펴볼 부분은 파나마 운하의 중립성과 제3국의 자유통항권이다. 1850년 4월 19일 영국과 미국은 Clayton-Bulwer 조약<sup>520)</sup>을 체결했다. 양국은 향후 대서양과 태평양을 잇는 선박용 운하가 건설될 경우, 운하에 방어시설을 구축하거나 남미 지역을 점령·무장화·식민지화·자치령화 등의 행위를 하지 않겠다고 약속했다(제1조). 더 나아가 운하가 완공되면 운하가 영구히 자유 개방되어 중립 상태를 유지하도록 보장하기로 했다(제5조). 중국적으로는 이러한 공익적 중요성을 가지는 일에 모든 국가들이 참여할 수 있도록 다른 우호국들과 유사한 조약을 체결하기로 했다(제6조).

Clayton-Bulwer 조약은 이후 미국의 파나마 운하 사업에 큰 지장을 초래했다. 미국은 1901년 11월 18일 영국과 Hay-Pauncefote 조약<sup>521)</sup>을 새로 체결했다. 동 조약은 Clayton-Bulwer 조약을 대체했다(제1조). 미국은 운하 건설에 따르는 모든 권리와 운하의 규제·운영에 관한 배타적 권리를 인정받았다(제2조). 대신 1888년 수에즈 운하 협정상 명시된 운하 중립화 관련 규칙을 수용하기로 했다(제3조). 따라서 파나마 운하는 중립화 규칙을 준수하는 모든 국가의 상선과 군함에 비차별적으로 자유 개방된다(제3조 제1항). 운하에서 봉쇄 및 적대행위가 발생해서는 안 되며(제3

520) 1850 Clayton-Bulwer Treaty. 정식 명칭은 Convention for Facilitating and Protecting the Construction of a Ship Canal between the Atlantic and Pacific Oceans, and for Other Purposes.

521) 1901 Hay-Pauncefote Treaty. 정식 명칭은 Treaty relative to the Establishment of a Communication by Ship Canal between the Atlantic and Pacific Oceans.

조 제2항), 교전국은 운하에 군대 및 전시품을 승·하선하지 않는다(제3조 제4항). 제3조의 내용은 1903년 Hay-Bunau-Varilla 조약에서 재확인된다. 동 조약 제18조에 의하면, Hay-Pauncefote 조약 제3조 및 모든 조항에 따라 파나마 운하는 완공 후 영구히 중립적으로 운영된다. 파나마 운하의 영구 중립 및 자유 개방 원칙은 1977년 미국과 파나마 간 체결된 영구 중립 조약<sup>522)</sup>에서도 재차 확인되었다(제1조 및 제2조).

1888년 수에즈 운하 협정이 9개국 간 체결된 다자 조약이었다면, 파나마 운하 관련 조약은 모두 양자 조약으로 체결되었다. 더 중요한 차이점은 1901년 Hay-Pauncefote 조약에서 미국과 영국이 모든 국가에 대해 법적 권리를 부여할 의도가 없었다는 사실이다.<sup>523)</sup> 동 조약 제3조 제1항에 따르면, 파나마 운하는 ‘이하의 규칙을 준수하는 모든 국가(all nations observing these Rules)’의 선박에 대해 자유 개방된다. 영국은 ‘모든 국가(all nations)’라는 단어에 ‘이하 규칙들의 준수에 동의한(which shall agree to observe these rules)’이라는 수식어를 추가해야 한다고 주장했다. 다른 국가들이 준수하지 않는 행동 규칙을 굳이 자국이 준수할 필요가 있겠냐는 이유에서였다.<sup>524)</sup> 미국은 이를 ‘이하의 규칙을 준수하는 모든 국가(all nations observing these Rules)’로 수정할 것을 제안하였다. 영국 측 표현이 자칫 다른 강대국들을 파나마 운하 조약 당사국으로 초빙하는 결과를 초래할 수 있다는 이유에서였다. 즉 미국은 제3국이 자국에 대항할 수 있는 계약적 권리를 획득하는 것을 원하지 않았다.<sup>525)</sup>

이후 1977년 체결된 영구 중립 조약에서는 상황이 달라졌다. 영구 중립 조약에 대한 의정서에서는 제3국의 참여 가능성을 명시적으로 열어두고 있기 때문이다. 의정서 전문 중 일부를 옮기면 다음과 같다. ‘파나마 운하의 중립성 유지에 미국 및 파나마 공화국의 교역·안보뿐만 아니라, 서반구의 평화·안보와 세계무역상 이해관계에도 중요하다.’ 이

522) 1977 Treaty Concerning the Permanent Neutrality and Operation of the Panama Canal.

523) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 29.

524) Roxburgh, *supra* note 44, p. 65.

525) Ibid., p. 66.

에 따라 동 의정서의 가입은 모든 국가에 개방된다(제3조). 파나마 운하 조약 체제의 적용 범위가 제3국으로 확대된 것이다.

### (3) 킬 운하 조항

독일 북부 슐레스비히-홀슈타인(Schleswig-Holstein) 주를 가로질러 북해와 발트해를 잇는 킬 운하(Kiel Kanal)은 총 길이 98km의 인공운하이다. 북해-발트해 운하(Nord-Ostsee Kanal) 또는 빌헬름 황제 운하(Kaiser Wilhelm Kanal)로도 불린다. 킬 운하를 이용하면 유틀란드(Jutland) 반도를 돌아가는 것보다 운항거리가 250해리 정도 단축되며, 항로의 안전성도 더 높다.

북해와 발트해를 처음으로 연결한 운하는 1748년 덴마크-노르웨이 연합에 의해 완공된 아이더 운하(Eider Kanal)이다. 이는 아이더 강(Eider River)을 확장하여 만든 43km의 인공운하였다. 한편, 1864년 제2차 슐레스비히 전쟁으로 슐레스비히-홀슈타인 지역은 프로이센의 통치 하에 놓이게 되었다. 프로이센이 독일을 통일한 후 수립된 독일 제국은 발트해와 북해의 독일 해군 기지를 연결하는 운하를 필요로 했다. 독일 제국은 1886년 3월 16일자 ‘북해-발트해 운하 건설법(Gesetz betreffend die Herstellung des Nord-Ostseekanals)’에 근거하여 킬 운하를 건설했다. 1895년 6월 빌헬름 2세는 완공된 킬 운하를 공식 개방했다. 이후 1919년 6월까지 킬 운하는 독일의 내수(內水)에 속했다. 독일 제국은 국내법에 근거하여 외국 선박에 운하를 개방했다.

제1차 세계대전 후 체결된 1919년 베르사유 조약에 따라 킬 운하는 ‘국제화(internationalized)’되었다. 제321조에 따르면, 연합국 국제운송에 대해 독일은 자국 영토를 가장 편리한 경로로 자유롭게 통과할 수 있도록 보장한다. 킬 운하 문제는 조약 제12장 제6부에서 특별히 규정되었다. 킬 운하는 독일과 평시 관계에 있는 모든 국가들의 상선 및 군함에 대해 완전한 평등에 기초하여 자유롭게 개방되었다(제380조). 제381조 내지 제386조는 이러한 자유항행을 촉진 및 규제하는 구체적 규정들을 담

고 있다. 모든 국가들의 국민·자산·선박은 킬 운하 이용에 있어 완전히 평등한 권리를 부여받는다(제381조). 독일은 운하 이용 부담금을 과도하게 또는 차별적으로 부과하지 않는다(제382조). 또한 항행에서의 장애물 혹은 위험 요소를 제거할 의무를 진다(제385조). 만약 제380조 내지 제386조의 위반 또는 그 해석에 관해 분쟁이 발생한다면, 이해관계를 가진 국가는 국제연맹의 사법기관에 이를 회부할 수 있다(제386조).

베르사유 조약 제380조의 해석은 Wimbledon 호 사건에서 중요한 쟁점이 되었다. 폴란드의 단치히 해군 기지에 군수물자를 수송하던 영국 국적 선박 Wimbledon호는 1921년 3월 21일 킬 운하 입구에서 통항이 거부되었다. 당시 Wimbledon호는 프랑스 회사와의 정기 용선 계약 하에 있었으므로 주독일 프랑스 대사가 독일 당국에 통항 허가를 요청하였다. 그러나 당국은 국내법인 1920년 7월 25일자 및 30일자 독일 중립 명령에 따라 통항을 허가할 수 없다고 답했다. 또한 베르사유조약 제380조가 킬 운하에 대한 동 명령의 적용을 배제하지 않는다고 덧붙였다.

1923년 1월 16일 영국·프랑스·이탈리아·독일 4개국은 독일을 상대로 국제상설사법재판소(Permanent Court of International Justice)에 소를 제기했다. 독일은 1923년 4월 20일 반소를 제기했다. 4개국은 Wimbledon 호의 통항 거부가 베르사유 조약 제380조 위반에 해당된다고 주장했다.<sup>526)</sup> 독일은 중립국으로서 자국의 의무가 베르사유 조약 제380조에 우선한다고 반박했다.

국제상설사법재판소는 1923년 8월 17일자의 판결에서 4개국 측의 주장을 수용했다. 재판소에 따르면, 킬 운하는 더 이상 국내 수로가 아니며, 따라서 외국 선박의 킬 운하 이용은 온전히 주권국의 재량에 맡겨진 사항이 아니다. 킬 운하는 ‘모든 국가의 유익을 위해 발트해 접근 용이성 보장 목적을 가진 국제 수로’라는 새로운 체제 하에 놓이게 된 것이다.<sup>527)</sup> 이 사건 Wimbledon호의 국적국과 운영국 모두 베르사유 조약 당

526) 원고 측 Basdevant 변호인은 베르사유 조약 제380조를 ‘객관적 성격의 조항 (disposition à caractère objectif)’이라고 표현했다. ‘Acts and Documents Relating to Judgments and Advisory Opinions Given by the Court’, Vol. I, Publications of the P.C.I.J., Series C, No. 3, p. 173.

527) *Case of the S.S. "Wimbledon"*, Judgment of 17 August 1923, Publications of the

사국이어서 재판소는 제3국의 자유 통항권을 직접적으로 언급하지는 않았다. 그러나 ‘모든 국가’라는 표현에서 제3국도 킬 운하를 자유롭게 이용할 권리를 가진다는 점을 충분히 추론해 낼 수 있다.

한편, 국제 수로로서 킬 운하의 지위는 오래 가지 못했다. 1936년 11월 14일 나치 독일은 베르사유 조약 당사국 9개국 및 인접국 7개국에 보낸 외교서한에서 베르사유 조약의 킬 운하 조항이 더 이상 독일에 구속력을 갖지 않는다고 선언했다.<sup>528)</sup> 이후 나치 독일은 외국 군함의 통항에 사전 허가제를 실시하기도 했다. 제2차 세계대전 종전 후, 킬 운하의 완전한 국제화는 국제회담에서 수차례 거론되었으나 명문의 조약 규정으로 도입되지는 않았다. 1990년 독일 통일 당시에도 킬 운하 문제는 특별하게 언급되지는 않았다. 오늘날 킬 운하에 대해 베르사유 조약 제360조의 국제 수로 체제가 계속해서 적용되는지는 의문이다.

이상에서 살펴본 수에즈 운하, 파나마 운하, 킬 운하는 공통적으로 조약에 의해 ‘모든 국가’의 선박들에 대해 자유 개방된다. 즉 조약의 제3국에 대해서도 자유 통항권이 인정된다. 운하의 주권국에게 해를 가하려는 목적으로 선박들이 운하를 이용해서는 안 된다는 사실은 자명하다. 1919년 베르사유 조약 제380조도 ‘독일과 평시관계에 있는 국가들의 선박’에 대해 자유 통항이 인정된다고 규정한다. Anzilotti 재판관과 Huber 재판관에 따르면 이는 단순히 독일과 전쟁 상태에 있지 않는 국가들은 제380조 이하 조항들을 원용할 수 있다는 것을 의미하지 않는다. 즉 평시관계라는 조건이 충족되어야 비로소 제380조 이하 조항들이 적용될 수 있다는 것이다.<sup>529)</sup>

만약 독일과 평시관계에 있는 두 국가들 간 전쟁이 발생해 킬 운하를 전시금제품 운송 수로로 이용한다면, 독일은 이러한 선박들의 자유 통항

---

P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 22.

528) ‘Deutsche Note vom 14 November 1936’ (1936), Deutsches Reichsgesetzblatt Teil II, pp. 361-362.

529) Anzilotti 재판관과 Huber 재판관에 따르면 이러한 평시관계 조건은 평화 조약에서 자주 발견되는 당연한 성격의 조항으로 크게 중요한 의미는 없다. Dissenting Opinion by MM. Anzilotti and Huber, Permanent Court of International Justice, August 17th, 1923, *Case of the S.S. "Wimbledon"*, p. 38.

을 허용해야 하는가? 독일이 이를 허용한다면 전쟁법상 중립국으로서의 의무를 위반하게 된다. 이것이 바로 Wimbledon 사건에서 독일이 제기한 주장의 핵심이다. PCIJ는 킬 운하가 ‘전세계의 이용에 영구히 제공된 운하’ 이기 때문에 자연적으로 형성된 해협과 동일하게 이용된다고 답했다.<sup>530)</sup> 교전국 군함이 자연적 해협을 통과한다고 해서 해협의 중립성이 훼손되진 않는다. 마찬가지로, 전시금제품 운송 선박이 킬 운하를 통과한다고 해서 동 운하의 중립성이 훼손되지는 않는다는 것이다.<sup>531)</sup> 즉 PCIJ는 킬 운하가 독일이 배타적으로 관리하는 내수가 아니며, 전 세계가 함께 관리하고 이용하는 국제 운하라고 보았다.<sup>532)</sup> 이러한 관점에 따르면, 킬 운하는 중립국 독일뿐만 아니라 교전국들, 그리고 그 밖의 모든 국가들이 함께 공동으로 영유하는 국제공유지이다.

## 2. 남극조약

남극의 면적은 약 1,350만km<sup>2</sup>(지구 전체 육지 면적의 약 10%)에 달하며, 대부분의 표면이 평균 두께 약 2,160m의 만년빙으로 덮여 있다. 지구상 담수의 약 90%가 얼음 형태로 보존되어 있다. 혹독한 자연 환경으로 토착 주민이 없으며, 20세기부터 각국에서 파견된 연구원들이 연구 목적으로 거주하기 시작했다. 1908년 영국을 필두로 여러 국가들이 발견 및 탐사 경험, 지리적 인접성, 역사적 권원, 섹터이론(sector theory) 등을 근거로 남극에 대한 영유권을 주장하기 시작했다. 지금까지 총 7개 국가<sup>533)</sup>

530) *Case of the S.S. "Wimbledon"*, Judgment of 17 August 1923, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 28.

531) Ibid.

532) 당시 독일 국내 법원 출신이었던 Schücking 재판관은 킬 운하가 수에즈 운하 및 파나마 운하와 동일한 정도로 중립화되지 않았다고 주장했다. 즉 킬 운하의 이용 자체는 국제적으로 개방되었지만, 독일이 여전히 동 운하에 대한 관할권을 보유한다는 것이다. Dissenting Opinion by M. Schücking, Permanent Court of International Justice, August 17th, 1923, *Case of the S.S. "Wimbledon"*, p. 43.

533) 아르헨티나, 호주, 칠레, 프랑스, 뉴질랜드, 노르웨이, 영국. 과거 나치 독일은 남극의 일부 지역을 Neuschwabenland (영어로는 New Swabia)라는 이름을 붙이고 자국령이라고 주장한 바 있다. 미국과 소련도 남극에 대한 영유권을 비록 대외적으로 선포한 적은 없으나, 대내적으로는 선포할 권리를 계속해서 유보하고 있다. 브라질도 남극 일부 지역에 대해 영유권을 선포할 가능성이 존재한다.

가 남극에 대한 영유권을 주장했다.

20세기 초중반, 미국은 영유권을 주장하는 국가들 간 타협점을 모색했다. 남극에 국제신탁체제 또는 공동통치체제의 설정을 제안한 것이다. 그러나 냉전 등의 영향으로 합의점에 도달하지 못했다. 1950년대 후반에 들어서 국제지구물리관측년(International Geophysical Year) 등 국제적인 과학적 협력이 이루어지면서 남극에 대한 국제적 규율의 가능성이 열리게 되었다. 국제지구물리관측년이란, 1957년에서 1958년 사이 국제과학 연합회의(International Council for Science) 특별위원회를 중심으로 실시된 전 세계 지구물리적 환경의 조사를 지칭한다. 당시 남극에서의 과학적 조사 협력을 계속 이어나가야 한다는 분위기가 조성되었다. 미국은 모든 참가국들을 초청하여 남극의 미래에 관한 논의를 시작했다. 이 논의는 1959년 남극조약 체결로 결실을 맺었다.

1959년 남극조약은 남극을 규율하는 가장 기본적 법제도이다. 남극조약 체결 후 남극의 생태계 보호에 관해 다음과 같은 여러 건의 국제적 합의가 마련되었다. 1964년 ‘남극동식물군보존에 관한 조치의 합의’<sup>534)</sup>, 1972년 ‘남극물개보존협약’<sup>535)</sup>, 1980년 ‘남극해양생물자원보존협약’<sup>536)</sup>, 1988년 ‘남극광물자원활동의 규율에 관한 협약’<sup>537)</sup>, 1991년 ‘남극환경보호의정서’<sup>538)</sup>. 이들은 남극조약과 함께 남극조약체제(Antarctic Treaty System)를 구성한다.

남극조약체제는 크게 네 가지 목적을 가진다. ① 남극의 평화적 이용, ② 남극 과학 조사의 자유 보장, ③ 남극에 대한 주권 주장 동결, ④ 남극 생태계의 보존. 1959년 남극조약 전문은 남극의 평화적 이용과 과학 조사의 자유를 강조한다. ‘남극이 영구히 평화적 목적으로만 사용되어야 하며 국제적 갈등의 무대 또는 대상이 되지 말아야 함이 인류 전체의 이해(利害)에 부합함을 인정하며.’ ‘남극 과학 조사에서의 국제적 협력

---

534) Agreed Measures for the Conservation of Antarctic Fauna and Flora. 이는 1954년 제3차 남극조약 협의당사국 회의에서 합의된 여러 건의 조치이다.

535) 1972 Convention for the Conservation of Antarctic Seals.

536) 1980 Convention for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources.

537) 1988 Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities.

538) 1991 Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty.

이 과학 지식에 상당한 기여를 했다는 점을 인정하며.’ 남극조약 제1조와 제2조도 두 원칙을 다시 되새긴다. 제1조 1항에 따르면, ‘남극은 오직 평화적 목적으로만 사용되어야 한다.’ 제2조에 의하면, ‘남극 과학 조사의 자유와 이를 위한 협력은 동 조약 규정에 따르는 것을 전제로, 국제지구물리관측년에서 적용되었던 것과 마찬가지로 지속된다.’

흥미로운 점은, 남극조약 제1조와 제2조가 행위 주체를 명시하고 있지 않다는 사실이다. 일반적인 조약 규정들은 보통 ‘조약 당사국들은’이라는 표현으로 시작한다. 조약 규정의 적용 대상을 당사국으로 한정짓기 위해서다. 그러나 남극조약 제1조와 제2조는 그렇지 않다. ‘조약 당사국들은’이라는 표현이 전혀 등장하지 않는다. 누가 남극을 평화적 목적으로만 사용해야 하고, 누가 남극 과학 조사의 자유를 향유하는지 전혀 언급하지 않는다. 남극조약 제4조 2항과 제5조도 마찬가지다. 제4조 2항에 따르면, ‘동 조약이 유효한 상태에서 이루어진 어떠한 행위 또는 활동도 남극에서의 영토 주권 주장을 제시, 지지 또는 배척하는 근거를 구성하지 않는다. 동 조약이 유효할 동안에는 남극에서의 영토 주권에 대해 새로운 주장을 제기하거나 기존 주장을 확대할 수 없다.’ 제5조 1항에 따르면, ‘남극에서의 어떠한 핵폭발 또는 방사성 폐기물의 처분도 금지된다.’

이에 대해 남극조약의 표현 자체가 ‘조약 당사국’이라는 용어를 배제한 것이 아니냐는 의문이 제기될 수 있다. 비록 ‘조약 당사국’을 행위 주체로 명시하지는 않았지만, 실제로는 동 조항의 적용 범위가 조약 당사국으로 한정된다는 것이다. 그러나 남극조약의 다른 조항들에서는 ‘조약 당사국’이 행위 주체로 등장한다. 제3조 1항에 따르면, ‘동 조약 제2조에서 규정한 것과 같이 남극 과학 조사에서의 국제적 협력을 증진하기 위해, 조약 당사국들은 다음의 사항에 동의한다.’ 제7조와 제8조에서도 ‘조약 당사국’이 행위 주체로 등장한다. 그러므로 제1조, 제2조, 제4조, 제5조 등에서 ‘조약 당사국’이 빠진 것은 의도적인 누락으로 해석되어야 한다. 남극조약체제의 대원칙인 남극의 평화적 이용, 과학 조사의 자유 보장, 주권 주장 동결 등은 모든 국가에게 적용되어야



한다는 의도를 이로부터 추론할 수 있다. 당사국 여부를 막론하고 남극을 이용하는 모든 국가에게 이러한 권리의무가 적용되도록 조약상 의도된 것이다.

남극조약체제의 네 번째 목적, 즉 남극 생태계의 보존은 남극조약의 후속 조약들에서 규율한다. 이 조약들 역시 일정한 경우 대세적 효력을 가질 것이 의도되었다. 먼저 1980년 ‘남극해양생물자원보존협약’(이하 ‘CAMLR’)에 대해 살펴보도록 하자. CAMLR 전문에 따르면, 조약 당사국들은 ‘남극해양생물자원의 보존이 남극조약상 규정들과 남극 수역에서 연구 또는 포획 활동을 하고 있는 모든 국가들의 적극적 참여에 대한 정당한 존중을 요한다고 믿는다.’ 또한 ‘남극 대륙 주변 수역은 평화적 목적만을 위해 보존되며 국제적 갈등의 무대 또는 대상이 되지 않도록 막는 것이 인류 전체의 이해(利害)에 부합한다고 믿는다.’ CAMLR 제2조 3항에 따르면, ‘동 협약이 적용되는 지역에서의 모든 포획 및 관련 행위는 동 협약상 규정과 이하의 보존의 원칙에 따라 수행되어야 한다.’ 제10조 1항은 비당사국과 협정의 관계를 다루고 있다. 이에 따르면, 남극해양생물자원보존위원회는 협약상 목적 이행에 영향을 미친다고 판단하는 비당사국 국민 또는 선박의 행위에 대해 해당 국가의 주의를 환기할 수 있다. 물론 동조는 비당사국에 대해 협약을 직접 적용하는 것은 아니다. 그러나 ‘남극해양생물자원보존위원회’라는 협약상 기구를 통해 간접적으로 비당사국의 협약 준수를 확보하려고 시도한다.

다음으로, 1988년 ‘남극광물자원활동의 규율에 관한 협약’(이하 ‘CRAMRA’)에 대해 살펴보기로 한다. 제2조 1항은 ‘남극이 영구히 평화적 목적으로만 사용되어야 하며 국제적 갈등의 무대 또는 대상이 되지 않도록 보장’하는 것이 남극조약체제의 주된 목적임을 확인한다. 제2조 2항에 따르면, 조약 당사국들은 모든 남극광물자원활동이 남극조약체제와 합치하게 이루어지도록 보장해야 한다. 여기서 ‘모든 남극광물자원활동’이란 비당사국에 의한 활동도 포함하는가? 제3조는 어떠한 남극광물자원활동도 동 협약과 합치하는 경우가 아니면 수행될 수 없다고 규정한다. 동조는 남극조약 제1조 및 제2조와 마찬가지로 행위 주체를

전혀 언급하지 않는다. CRAMRA 제4조는 더 나아가 모든 남극광물자원 활동은 사전에 동 협약상 기준에 따른 환경영향평가를 거치지 않으면 수행될 수 없다고 규정한다. 제6조에 따르면, 동 협약의 이행에 있어 모든 ‘이해당사국(interested Parties)’의 협력과 참여를 촉진시켜야 한다.

이처럼 CRAMRA는 비당사국들에 대한 적용 가능성을 CAMLR에 비해 한층 더 강화했다. 행위 주체가 당사국인지 여부를 막론하고 모든 남극 광물자원활동을 규율하려 했기 때문이다. 그러나 CRAMRA는 끝내 발효하지 못했다. 이는 1991년 ‘남극환경보호의정서’로 대체되었다. 환경보호의정서는 1998년 발효했다. 의정서 제2조에 따르면, 당사국들은 남극을 ‘평화와 과학에 헌납된 천연보호구역’으로 지정한다. 제3조는 남극환경 및 관련 생태계, 그리고 남극의 ‘고유한 가치’의 보호가 남극조약 적용 지역에서 행해지는 모든 활동에서 근본적인 고려 사항이라고 규정한다. 이어서 이러한 활동들을 수행함에 있어 지켜져야 하는 기본 원칙들을 제시한다. 제3조도 남극조약 적용 지역에서 행해지는 ‘모든’ 활동이라고만 규정하며, 그 활동 주체를 당사국으로 한정짓지는 않는다. 제7조도 과학적 연구 이외의 모든 광물자원활동들은 금지된다고 규정하면서, 그 행위 주체를 언급하지 않는다.

남극조약체제를 구성하는 조약들은 공통적으로 남극에서 이루어지는 모든 활동들을 규제하려는 의도를 갖고 있다. 물론 이 조약들이 비당사국들을 법적으로 구속할 명확한 근거를 제공하는지는 분명하지 않다. 조약 규정 중 비당사국을 구속한다는 명시적 조항은 찾을 수 없기 때문이다. 그러나 분명한 점은 남극조약체제가 단순히 당사국 간에만 적용될 계약적 성격의 조약으로 의도된 것은 아니라는 사실이다.<sup>539)</sup> 남극조약체제의 목적인 환경 보호는 그 특성상 가능한 한 광범위한 국제적 협력을 확보하는 것이 관건이다. 아무리 완벽한 이행 체제를 갖추더라도, 조약 당사국 간에만 조약이 적용된다면 조약의 목적을 제대로 달성하기 어렵

---

539) 한편, 1982년 제38차 UN총회에서 말레이시아의 Mohamad 수상은 남극조약이 소수 국가들 사이에서만 체결된 조약으로 UN 회원국들의 ‘진정한 의사 및 정당한 권리를 반영하지 못한다고 비판했다. 그는 남극에 관한 새로운 조약체제를 수립할 것을 제안했다. UN Doc. A/37/PV.10 (1982), p. 132, para. 37. 그러나 말레이시아는 이후 2011년 남극조약과 남극환경보호의정서에 가입했다.

다. 비당사국의 행위로 언제든지 조약의 목적이 크게 저해될 수 있기 때문이다. 즉 환경 보호에 관한 조약 체제는 전통적 조약 유형들과 달리 비당사국의 행위에 큰 영향을 받는다. 따라서 당사국 간에만 적용되는 계약적 조약 체제가 아니라, 당사국 외로도 적용될 수 있는 새로운 조약 체제를 필요로 한다.

### 3. 인류의 공동유산

1960년대부터 국제공동체는 해양과 우주공간이 갖는 무한한 가능성에 눈뜨게 되었다. 당시 국제사회는 선진 공업국과 후진국 간 기술적 격차가 부국과 빈국 간 격차를 더욱 심화시킬 수 있다는 사실을 인지했다.<sup>540)</sup> 이러한 배경 하에서 몰타의 Pardo 대사는 제22차 UN총회에서 다음의 내용을 논의할 것을 제안했다. 기술적으로 앞선 선진국들의 심해저 자원 독식을 막고, 전 세계가 함께 그 이익을 향유하도록 심해저를 ‘인류의 공동유산(common heritage of mankind)’로 지정하자는 것이다.<sup>541)</sup> UN총회에서는 이 문제를 검토하기 위한 특별위원회가 구성되었다.<sup>542)</sup>

Pardo 대사의 제안은 일차적으로 1970년 UN총회 결의인 ‘국내 관할권 이원에 위치한 해저, 대양저 및 그 하층토를 규율하는 원칙의 선언’<sup>543)</sup>에 반영되었다. 결의 제1항은 국내 관할권 이원에 위치한 해저, 대양저 및 하층토와 그 자원은 ‘인류의 공동유산’이라고 선언한다. 1982년 UN 해양법협약도 이 점을 확인한다. 협약 제136조는 ‘심해저

---

540) K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. xix.

541) ‘Declaration and Treaty Concerning the Reservation Exclusively for Peaceful Purposes of the Sea-bed and of the Ocean Floor, underlying the Seas beyond the Limits of Present National Jurisdiction, and the Use of Their Resources in the Interests of Mankind’, UN Doc. A/6695 (1967).

542) UN Doc. A/RES/2340 (XXII); United Nations General Assembly 22nd session Official Records : First Committee, 1515th Meeting; *ibid*, First Committee, 1516th Meeting (1967).

543) ‘Declaration of Principles Governing the Sea-bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction’, UN Doc. A/RES/25/2749 (1970).

및 그 자원은 인류의 공동유산' 이라고 규정한다. 따라서 '어떤 국가도 심해저 및 그 자원의 어느 부분에 대해서도 주권 또는 주권적 권리를 주장할 수 없다' (제137조 1항). '심해저 자원에 대한 모든 권리는 인류 전체에 귀속된다' (제137조 2항).

인류의 공동유산 개념은 해양뿐만 아니라 남극과 우주공간 등 특정 국가의 배타적 관할권 하에 놓이지 않은 국제공유지를 규율하는 주요 원칙으로 떠올랐다. 물론 남극의 경우, 인류의 공동유산으로 지정하자는 제안이 UN총회에서 제기되었으나<sup>544)</sup>, 남극조약체제는 남극을 인류의 공동유산으로 규정하고 있지는 않다. 반면, 1967년 우주조약<sup>545)</sup>과 1979년 달조약<sup>546)</sup>은 우주공간과 달을 인류의 공동유산으로 규정한다. 1967년 우주조약 전문에 따르면, 조약 당사국들은 '평화적 목적에 의한 우주공간의 탐사 및 이용의 진전에 대한 전 인류의 공동 이해(利害)를 인정' 한다. 또한 '우주공간의 탐사 및 이용이 경제적 또는 과학적 발전 정도를 막론하고 모든 인민의 유익을 위해 수행되어야 함을 믿는다.' 조약 제1조에 따르면, 우주공간의 탐사 및 이용은 '모든 국가의 유익을 위해 수행' 되며, 우주공간은 '인류 전체에 속한 영역' 이다. 1979년 달조약 제4조 1항에 따르면, 달의 탐사 및 이용은 '모든 인류에 속한 영역' 이며, '모든 국가의 유익을 위해 수행되어야 한다.'

인류의 공동유산 개념은 국내 관할권 이원에 위치한 국제공유지의 이용관계를 규율하는 기본 원칙이다. 동 개념의 핵심은 인류의 공동 이해(利害)를 위한 자원의 보호 및 보존에 있다. 인류의 공동이익을 목적으로 할 때, 국가들은 개별적 이해관계보다 인류 전체의 공익에 우선순위를 내준다.<sup>547)</sup> 인류의 공동유산은 유한한 자원의 공동 이용에서 한걸음 더 나아가 세대간 자원의 형평한 분배 및 자원의 평화적 이용을 추구한

---

544) 1984년 제39차 UN총회에서 말레이시아의 Mohamad 수상이 이를 제안했다. UN Doc. A/39/PV.28, p. 586, para. 115.

545) 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies.

546) 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies.

547) Baslar, *supra* note 540, p. 47.

다.<sup>548)</sup>

인류의 공동유산 개념은 국가주권과 국제공동체, 국가의 동의와 객관적 규범 사이에 위치한 국제법의 근본적 모순을 반영한다.<sup>549)</sup> 국제법을 국가의 의사에 기초한 것으로 보는 입장에서는 동 개념의 법적 의미 및 효력을 주권국가의 동의로부터 도출할 것이다.<sup>550)</sup> 이에 따르면, 국제공동체의 연대란 각 주권국가에 의한 자의적 행위들의 집약체이다.<sup>551)</sup> 반면, 국제공동체 및 객관적 규범의 관점에서 인류의 공동유산은 국가 의사의 단순한 집약체가 아니다. 오히려 국가 의사의 집약체로 볼 경우, 인류의 공동유산은 독자적 의미를 상실하게 된다. 인류의 공동유산이라는 특별한 개념을 굳이 도입할 필요 없이, 국가들의 의사에 따른 것으로 단순하게 설명할 수 있기 때문이다.<sup>552)</sup> 그러나 국가 의사의 집약체는 국가 의사의 단순함이 아니다. 국제공동체 대다수 국가들이 국제공익상 필요하다고 인정한 사항은 국제공동체의 의사로 변화된다. 인류의 공동유산은 개별 국가들의 의사가 아닌 국제공동체의 의사에 기반을 둔 개념이다. 이 점에서 동 개념은 자연법론에 뿌리를 두고 있다고 볼 수 있다. 인류의 공동유산 개념은 국제법상 지배적 위치를 차지해왔던 법실증주의적 경향이 점차 퇴색되고 ‘보편주의적’ 경향이 새롭게 나타나고 있음을 잘 보여준다.<sup>553)</sup>

#### 4. 공해 어족자원의 보존

모든 국가들의 접근이 가능한 국제공유지의 이용관계를 규율하는 가장

---

548) A. Kiss, 'The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?', *International Journal*, Vol. 40 (1984), p. 424.

549) W. Werner, 'Mankind's Territory and the Limits of International Law-making', in R. Liivoja & J. Petman (eds.), *International Law-making: Essays in Honour of Jan Klabbbers* (New York: Routledge, 2014), p. 103.

550) Ibid, p. 114.

551) Ibid, p. 115.

552) Ibid.

553) A. Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New "Jus Gentium"*, 2nd Revised ed. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 349.

효과적인 방법은 전 세계 모든 국가들이 참여하는 조약을 체결하는 것이다. 그러나 이는 현실적으로 실현되기 어렵다. 모든 국가들이 완벽하게 동의하는 조약 문언을 채택하기란 불가능에 가깝기 때문이다. 조약 협상 단계에서 원하는 결과를 얻지 못했다는 이유로 중간에 이탈하는 국가들이 반드시 생기기 마련이다. 그러나 국제공유지의 이용관계 규율에 있어 가장 중요한 원칙은 규제의 일관적 적용이다. 예컨대 국제공유지 내의 자원을 보존하는 내용의 조약이 체결되었다고 하자. 동 조약의 목적이 달성되기 위해서는 해당 공유지를 이용하는 모든 국가가 자원 보존에 참여해야 한다. 조약 당사국들이 성실히 조약을 이행한다고 해도, 비당사국들이 과도한 양의 자원을 채취한다면 조약의 목적 자체가 훼손된다. 이처럼 국제공유지는 비당사국의 행위에 큰 영향을 받을 수 있다는 점에서 특수성을 가진다. 최근에 문제된 대표적 사례로 공해 어족자원의 보존이 있다.

공해에서의 어업을 규율하는 가장 기본적 법문서로는 1982년 UN해양법협약이 있다. 협약 제7부 제2절은 공해생물자원의 관리 및 보존에 대한 규정을 두고 있다. 제7부 제2절에 속한 제116조 내지 제119조는 특히 하게도 ‘모든 국가’ 또는 ‘국가’를 행위의 주체로 상정한다. 물론 이는 제7부 제2절에만 국한된 현상이 아니다. 이처럼 UN해양법협약은 위에서 살펴본 남극조약 등과 마찬가지로 명시적으로 그 적용 대상을 조약 당사국만으로 한정하지 않는다. 그렇다면 UN해양법협약은 비당사국들도 구속하는가? 비록 협약상 ‘모든 국가’라는 표현이 사용되었지만, 중요한 것은 협약 기초자들 및 당사국들의 의도일 것이다.<sup>554)</sup>

UN해양법협약상 공해생물자원의 관리 및 보존에 관한 규정을 구체적으로 이행하기 위해 1995년 ‘UN어족자원협약’<sup>555)</sup>이 체결되었다. 동 협약에 따르면 국가들은 더 이상 공해를 아무런 제한 없이 자유롭게 이용할 수 없으며, 공해의 이용에 있어 일정한 조건이 부과된다. 협약 제2조

554) L. Lee, ‘The Law of the Sea Convention and Third States’, *American Journal of International Law*, Vol. 77 (1983), pp. 546.

555) 1995 Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks.

는 협약의 목적을 다음과 같이 규정한다. ‘동 협약의 목적은 협약상 관련 규정의 효과적 이행을 통해 경계성 왕래 어족 자원 및 고도 회유성 어족 자원의 장기적 보존 및 지속 가능한 이용을 보장하는 데 있다.’

UN어족자원협약은 비당사국에 대한 협약 적용 문제를 상당히 적극적으로 다루고 있다. 우선 제8조 4항에 따르면, 지역적 어업관리기구나 어업관리협정에 소속되거나, 동 기구 및 협정상 어족자원의 보존·관리 조치의 적용에 동의한 국가들만 공해상 어족자원에 접근할 수 있다. 한편, 협약 제17조 1항에 따르면, 지역적 어업관리기구나 어업관리협정에 전혀 소속되지 않은 국가라도 경계 왕래 어족자원의 보호 및 관리를 위해 협력할 의무에서 벗어날 수 없다. 협약 제33조 1항에 따르면, 협약 당사국들은 비당사국들이 협약에 가입하도록 적극 장려해야 한다. 제33조 2항에 의하면, 당사국들은 ‘동 협약의 효과적 이행을 저해하는 비당사국 선박들의 행위를 방지하는’ 조치를 취할 수 있다. 즉 당사국들은 협약이 보호하는 어족자원의 보존 및 지속 가능한 이용을 저해하는 선박의 행위는 그 기국이 협약 당사국인지 여부와 상관없이 규제할 수 있다.

UN어족자원협약은 규제의 일관성을 달성하기 위해 당사국뿐만 아니라 비당사국도 규제 체제 내에 들어오도록 여러 가지 유인책을 제시한다. 비당사국의 입장에서는 협약에 가입하거나 또는 지역적 어업관리기구 및 어업관리협정에 소속되는 선택을 하는 것이 합리적이다. 비당사국이 협약의 목적을 위반하는 행위를 할 경우, 당사국들이 불이익을 줄 수 있기 때문이다. 물론 UN어족자원협약이 직접적으로 비당사국들에게 법적 의무를 부과하는 것은 아니다. 그러나 간접적 방식으로 비당사국에게 일정한 법적 효력을 미치려는 시도가 잘 반영되어 있다.

## 5. 수중문화유산의 보호

수중문화유산의 보호도 국제 공유지인 공해에서의 이용관계 규율 문제에 속한다. 공해 및 심해저에 위치하는 수중문화유산은 원칙적으로 누구나 접근이 가능하다. 그러나 모든 사람의 접근을 허가한다면, 도굴 등으

로 인한 문화유산의 훼손이 발생할 수 있다. 문화유산을 보존하려면 접근을 제한해야 한다. 일부 국가간 수중문화유산 보호 협약이 그 목적을 달성하려면 조약 당사국을 넘어 모든 국가들에 대해 적용될 수 있어야 한다. 공해상 어족자원의 보존과 마찬가지로, 당사국만 성실하게 조약을 이행한다고 해서 조약의 대상 및 목적이 완벽하게 지켜지는 것은 아니기 때문이다. 소수 국가들 간 조약을 체결함으로써 수중문화유산을 보호할 가능성이 실제 거론된 사례로 M/S Estonia 사건이 있다.

1994년 9월 에스토니아 국적선인 M/S Estonia 호가 핀란드 인근 해역에서 침몰하여 800여명이 사망했다. 이 사건에 가장 직접적 이해관계를 가졌던 에스토니아, 핀란드, 스웨덴은 1995년 2월 23일 ‘M/S Estonia에 관한 협정’<sup>556)</sup>을 체결하여 난파선을 인양하는 대신 ‘난파선 무덤’으로 지정하기로 합의했다. 협정 제1조에 따르면, M/S Estonia 난파선과 이를 둘러싼 일정 영역은 이 사건 피해자들의 마지막 안식처로 간주되며 적절한 존중을 요한다. 이듬해인 1996년 4월 23일 동 협정을 다른 국가들에게도 개방하는 추가의정서<sup>557)</sup>가 채택되었다. 2000년 9월 18일 당시 협정 당사국은 에스토니아, 핀란드, 스웨덴, 덴마크, 라트비아, 러시아, 영국 등 7개국이었다.<sup>558)</sup> 협정의 원 당사국인 에스토니아, 핀란드, 스웨덴은 또한 국제해사기구(International Maritime Organization)를 통해 다른 국가들에게 협정의 내용을 알리고 난파선 무덤 보존을 위해 적절한 조치를 취해 줄 것을 요청했다.<sup>559)</sup>

2000년 8월, 예상치 못한 사태가 벌어졌다. 미국의 한 백만장자와 독일 언론인이 난파선 무덤으로 잠수부들을 보내 M/S Estonia 침몰의 원인 규명을 위한 작업을 시작한 것이다. 이 작업의 적절성을 두고 핀란드와 스웨덴 내에서는 열띤 토론이 벌어졌다.<sup>560)</sup> 당시 미국과 독일은 1995년

556) ‘Agreement regarding the M/S Estonia, signed at Tallinn on 23 February 1995’, No. 32189, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1890, pp. 176-177.

557) ‘Protocol Additional to the Agreement of 23 February 1995, signed at Stockholm on 23 April 1996’, No. A-32189, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1947, p. 404.

558) M. Jacobsson & J. Klabbers, ‘Rest in Peace? New Developments Concerning the Wreck of the *M/S Estonia*’, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69 (2000), p. 318.

559) Ibid, p. 327.



협정의 당사국이 아니었다. 그렇다면 1995년 협정은 비당사국에게도 난파선 무덤을 존중할 의무를 부과하는가? 협정의 목적을 달성하기 위해서는 비당사국도 당사국과 마찬가지로 난파선 무덤을 존중해야 할 것이다.

M/S Estonia 협정 이후 난파선 무덤의 보존과 관련된 문제들이 국제사회에서 중요한 쟁점으로 떠올랐다. 2001년 UNESCO<sup>561)</sup> 총회는 ‘수중문화유산보호협약’<sup>562)</sup>을 채택했다. 협약 전문의 두 부분에 특히 주목할 필요가 있다. 제2문에 따르면, UNESCO 총회는 ‘수중문화유산의 보호 및 보존의 중요성과, 따라서 모든 국가가 이에 대한 책임을 가진다는 사실을 인식’한다. 수중문화유산의 보호 및 보존 책임이 협약 당사국을 넘어 모든 국가로 확장될 가능성을 내포한 표현이다. 제6문에 따르면, 총회는 ‘수중문화유산이 이를 겨냥한 비인가 행위로 위협받고 있으며, 이를 방지하기 위해 더욱 강력한 규제가 필요하다는 점을 인지’한다. 전문 제2문과 제6문을 종합하면, 수중문화유산의 보호 및 보존에 해가 되는 행위를 막기 위해서는 모든 국가들이 협력해야 한다. 비록 협약이 초기에는 당사국만 구속하지만, 협약의 궁극적 목적을 달성하기 위해서는 그 효력이 궁극적으로 비당사국에게도 미쳐야 한다는 것이다. 협약이 적용되는 영역이 국내 관할권 이원의 해저, 해상 및 하층토<sup>563)</sup>, 즉 국제 공유지이기 때문에 모든 국가의 협력이 더욱 절실하다.

한편, M/S Estonia와 유사한 사건인 RMS Titanic 호 사건에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 이 경우에도 선박의 잔해를 보존하기 위한 조약을 체결하려는 시도가 있었다. 미국, 영국, 프랑스, 캐나다는 1997년부터 2000년까지 공식 협상을 진행했고, 2000년 1월 5일 협상 절차가 마무리되었다. 2003년 11월 6일 영국은 ‘난파선 RMS *Titanic* 호에 관한 협정’<sup>564)</sup>에 서명했다. 미국은 2004년 6월 18일 서명하면서 동 협정이 자국에

---

560) Ibid, p. 318.

561) United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization.

562) 2001 Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage.

563) 수중문화재보호협약 제1조 5항.

564) Agreement concerning the Shipwrecked Vessel RMS *Titanic*. 협약 원문은 다음에서 확인할 수 있다. ‘Consultation on UK Implementation of the Agreement for the protection of the wreck of the Agreement for the protection of the wreck of the RMS *Titanic*’, Annex A, United Kingdom Department for Transport, 7 April

국제법적 구속력을 갖기 위해서는 먼저 의회에서 이행입법이 제정되어야 한다는 조건을 붙였다.<sup>565)</sup> 2011년 기준으로 미국 의회는 아직도 이행입법을 제정하지 않고 있다.<sup>566)</sup>

한편, 2012년 4월 15일부터 Titanic 호의 잔해는 2001년 UNESCO 수중문화재협약에 의해 보호받게 되었다.<sup>567)</sup> 수중문화재보호협약 제1조 (a)항에 따르면, 동 협약상 ‘수중문화유산’으로 인정받기 위해서는 적어도 100년간 잔해의 일부 혹은 전체가 수중에 위치해야 한다. 이처럼 수중문화유산의 보존에 관해 여러 건의 협약이 체결되고 있다는 사실은 이에 관한 국제적 규율이 필요하다는 공감대가 형성되고 있음을 잘 보여준다. 개별 국가의 차원을 넘어서 UNESCO라는 국제기구의 차원에서 이 문제가 다뤄진 이유는 수중문화재보호가 국제사회 전체의 공익과 밀접히 관련되기 때문이다. 수중문화재보호 문제도 계약적 성격의 조약이 아닌, 대세적 효력을 가지는 특수한 조약으로 규율될 필요가 있다.

## V. 영토할양조약 · 국경조약

영토할양조약과 국경조약도 당사국이 아닌 국가들에게도 일정한 구속력을 발생시킨다. 영토할양조약과 국경조약의 비당사국은 특별히 두 가지 유형으로 구분해서 살펴볼 필요가 있다. 두 가지 유형이란 바로 ‘동시대적’ 비당사국과 ‘승계자적’ 비당사국이다. 동시대적 비당사국이란

---

2003,

[<http://www.jnapc.org.uk/Consultation%20on%20Protection%20of%20RMS%20Titanic%20by%20DoT%202003.pdf>].

565) ‘Statement on U.S. Signing of an Agreement to Protect the RMS Titanic Wreck Site’, United States Department of State, 18 June 2004, [<https://2001-2009.state.gov/g/oes/rls/rm/2004/33708.htm>].

566) O. Varmer & M. Aznar, ‘The Centenary of Titanic and the Treaty Giving Legal Protection’, *UNESCO Scientific Colloquium on Factors Impacting the Underwater Cultural Heritage: 10th Anniversary of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, Royal Library of Belgium, Brussels (Belgium), 13-14 December 2011, [[http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/UCH\\_Brussels\\_S1\\_Ole&Aznar.pdf](http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/UCH_Brussels_S1_Ole&Aznar.pdf)], p. 5.

567) Ibid, p. 1.

조약 당사국들과 동시대에 존재하는 국가들을 의미한다. 예컨대, A국이 X지역을 B국에 할양하는 조약을 체결했다고 하자. A국과 B국이 동 양자 조약을 체결할 당시에 존재하던 국가들이 바로 동시대적 비당사국이다.

동시대적 비당사국이 X지역에 관해 일정한 권원을 갖는지 여부에 따라 조약의 상대효 원칙이 적용될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 만약 이 국가(C국)가 X지역에 대해 일정한 권원을 갖는다면, A국과 B국이 이를 무시하고 X지역을 마음대로 처분할 수는 없다. 따라서 X지역의 할양조약은 C국에 대해서는 아무런 영향력도 미치지 않는다. 즉 C국에게 이 조약은 *res inter alios acta*인 것이다. 반면, C국이 X지역에 대해 아무런 권원도 갖지 않는다면, C국은 동 조약을 준수해야 한다. 예컨대, 동 조약이 X지역 주민들의 국적변경까지 포함한다면, C국은 이러한 국적변경을 인정하지 않을 수 없다.<sup>568)</sup>

*Frontier Dispute* 사건에서 ICJ는 부르키나 파소와 말리가 국경선 조약을 체결하더라도, 이는 니제르에 대항할 수 없다고 보았다. 양국간 국경의 종점이 니제르의 국경과 맞닿아 있었기 때문이다.<sup>569)</sup> 니제르의 영토주권도 중요하게 관련된 사안이므로 이러한 조약은 니제르에게 구속력을 가질 수 없다. 한편, 해당 지역에 대한 제3국의 우선적 권원이 인정되지 않는다면, 영토할양조약 및 국경조약은 제3국에게도 구속력을 미친다.

이러한 조약이 제3국에게 미치는 구속력은 특수한 것인가? 영토할양조약과 국경조약으로 인해 비당사국들의 법적 권리의무관계가 직접적으로 변경되는 것은 아니다. 그러나 이러한 법적관계가 터잡고 있었던 사실관계가 변경되면서 간접적 방식으로 비당사국의 권리의무에 영향을 미친다. 예를 들어, A국이 X지역을 B국에 할양하는 조약을 체결했다고 하자. A국과 C국은 무관세협정을 체결하고 있었고, 이에 따라 X지역으로 수출되는 C국 상품에는 관세가 전혀 부과되지 않았다. 그런데 X지역이 B국으로 할양되면 이 지역으로 수출되는 C국 상품은 더 이상 무관세 혜택을 누릴 수 없게 된다. 이때 C국은 조약의 상대효를 주장하며 무관세 혜택을 계속 요구할 수는 없을 것이다. *Eritrea-Yemen* 중재재판부는 이를

568) 정인섭, 『조약법강의』, *supra* note 17, p. 225.

569) *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 577, para. 46.

다음과 같이 표현했다. ‘두 당사국 간 체결된 국경 및 영토적 조약은 제3국에 대해 *res inter alios acta*이다. 그러나 이러한 특수한 유형의 조약들은 다른 한편으로는 대세적 효력을 가짐으로써 제3국에 필연적으로 부정적 영향을 미칠 수밖에 없는 법적 현실을 잘 보여준다.’ 570)

영토할양조약 및 국경조약이 갖는 대세적 효력은 사실 법적 권한의 문제에 불과하다는 견해도 있다. 제3국은 조약으로 인한 영토 변경을 저지할 권한이 없기 때문에 이를 존중해야 한다는 것이다.<sup>571)</sup> 이는 모든 조약에 적용되는 일반 원칙이다. 조약의 대상에 대해 우선적 권한이 인정되지 않는 제3국은 조약에 대해 정치적 저항은 할 수 있지만 법적 항변권은 갖지 못한다. 이러한 관점에 따르면, 영토할양조약 및 국경조약은 대세적인 법적 구속력을 갖는 특수한 조약이 아니다. 단지 조약 체결로 인해 기존의 사실관계가 변경되었을 뿐이며, 이 점에서 일반적인 조약과 크게 다르지 않다.

그러나 영토할양조약 및 국경조약은 분명히 여타 조약들과 구별되는 특수한 성질을 가진다. 비당사국들의 법적 권리의무관계의 초석을 이루는 사실관계를 변경시킴으로써 비당사국의 법적관계에 영향을 미치기 때문이다. 비록 간접적 방식이지만 이로 인해 비당사국의 법적관계가 변경됨은 분명하다. 모든 조약들이 다 그런 것은 아니다. 영토할양조약과 국경조약의 특수성은 ‘승계자적’ 비당사국의 경우에 더욱 잘 드러난다.

승계자적 비당사국이란, 영토할양조약 및 국경조약 당사국의 승계국을 의미한다. 승계국의 입장에서 피승계국이 체결한 조약은 *res inter alios acta*이다. 따라서 기존에 체결된 조약들의 효력이 상실된 것으로 간주하고 새롭게 조약을 체결할 수 있다. 물론 승계국이 타방 당사국의 합의 하에 기존 조약을 승계할 수도 있다. 그러나 국경조약 등 영토 관련 조약들은 승계국의 의사와 상관없이 계속 유효한 것으로 간주된다. 즉 조

---

570) *Eritrea/Yemen Arbitration - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea*, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), 9 October 1998, p. 47, para. 153.

571) Proelss, ‘Article 34. General Rule Regarding Third States’, *supra* note 2, p. 631; David, *supra* note 21, p. 891.

약의 제3자인 승계국을 구속하는 것이다.

영토적 조약은 그 내용상 승계국의 권리의무에 상당한 영향을 미친다. 그럼에도 불구하고 영토적 조약이 국가의 소멸 및 탄생과 상관없이 계속 유효한 것으로 간주되는 이유는 국제질서 및 안정을 유지하기 위해서다. *Temple of Preah Vihear* 사건에서 ICJ도 국경조약의 주요 목적 중 하나가 ‘안정성 및 종국성의 달성’이라고 밝힌다.<sup>572)</sup> 1969년 비엔나 조약법협약 제62조 2항 (a)는 국경조약의 경우에는 사정의 근본적 변경을 조약의 종료 및 탈퇴 사유로 원용할 수 없다고 규정한다. 조약법협약 주석은 그렇게 규정한 이유를 사정의 근본적 변경 원칙이 ‘평화적 변화의 수단이 아닌, 위험한 갈등의 원천이 될 것’을 우려했기 때문이라고 설명한다.<sup>573)</sup>

국경조약은 객관적인 법적 상황을 창설한다는 점에서 일반적인 계약적 성질의 조약들과 다르다.<sup>574)</sup> 이는 영토할양조약과 앞서 살펴본 영역의 이용관계에 관한 조약 등도 마찬가지이다. 영토의 이용 및 처분과 관련된 조약은 영토를 매개로 하여 비당사국에게도 영향을 미친다. 영토에 설정된 법적 지위는 모든 국가들에게 대항 가능하다는 점에서 대세적 효력을 가진다. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* 사건에서 ICJ가 설명한 것처럼, 영토적 체제는 불가피하게 모든 이용자들의 이해관계에 영향을 미친다.<sup>575)</sup> 계약적 성질의 조약은 단지 당사국 간에만 효력을 가진다. 그러나 영토적 조약은 대세적인 법적 상황을 창설함으로써 비당사국에게도 효력을 미친다. 이를 조약의 처분적 효력(dispositive effect)이라고도 한다.<sup>576)</sup>

이상에서 살펴본 다섯 가지 조약 유형들, 즉 ① 평화조약과 국제적 결정, ② 국제기구 설립 조약, ③ 위임통치·신탁통치협정, ④ 영역의 이용에 관한 조약, ⑤ 영토할양조약·국경조약은 모두 대세적 효력이 인정된

---

572) *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 34.

573) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 259, para. 11.

574) A. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1967), p. 108.

575) *Gabčíkovo - Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 71-72, para. 123.

576) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, pp. 256-259.

다는 점에서 일반 조약과 구분되는 특수한 성격을 가진다. 조약법 성문화 과정에서도 이러한 조약들을 특별하게 다루어야 한다는 논의가 여러 차례 제기되었다. 이하에서 더욱 상세히 살펴보기로 한다.

## 제 3 절 조약법상 논의

### I. 하버드 초안

1935년 하버드 조약법 초안에서는 대세적 효력을 갖는 조약이라는 개념이 직접적으로 다루어지지 않는 않았다. 그러나 초안 제18조에 대한 주석은 이러한 개념이 인정될 수 있는 가능성을 내포한다. 제2장에서 살펴보았듯이, 초안 제18조 (a)항은 조약이 제3국에 대해 의무를 부과할 수 없다고 규정한다. 그렇다고 해서 제3국이 조약과 관련하여 아무런 책무도 부담하지 않는 것은 아니다. 주석에 따르면, 조약 당사국들이 조약 체결 사실을 통보한 후 제3국이 어떤 반대의사도 표명하지 않았다면, 제3국은 조약의 대상 및 목적을 저해하지 않을 도덕적 책무를 부담한다. 만약 제3국이 책무를 제대로 이행하면 이에 상응하는 권리를 취득할 수도 있다. 이때 조약 당사국들은 제3국이 취득한 권리를 존중해야 한다.<sup>577)</sup>

Anzilotti는 이러한 제3국의 책무를 ‘승인(recognition)’의 개념으로 설명한다. 다만 여기서의 승인은 국가승인의 개념보다는 금반언의 원칙에 더 가깝다. 제3국은 조약 체결 사실을 통보받은 후 동 조약의 존재를 승인할 수 있다. 승인 행위로부터 제3국에게 조약 자체에 대한 의무가 발생한다. 조약 자체에 대한 의무란, 조약의 존립을 위협하는 행위를 하지 말아야 할 의무를 뜻한다. 이러한 의무는 제3국의 승인 행위, 즉 제3국의 의사에 의해서만 발생하며 다른 근거는 없다. 조약 자체가 그 근거가 될 수 없음은 물론이다. 동 의무의 위반은 승인의 대상국에 대한 위

---

577) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 922.

법한 행위를 구성한다. 동 의무에 대응되는 상대국의 권리를 침해했기 때문이다. 제3국의 조약 승인은 별도의 합의 또는 조약의 형태로도 행해질 수 있다.<sup>578)</sup>

주석은 이어 조약의 상대효 원칙에 대한 예외로서 국제적 처분 조약에 대해 논한다. 조약의 대상과 목적을 저해하지 않을 도덕적 책무가 상대효 원칙에 대한 일종의 준(準)예외라면, 국제적 처분 조약은 진정한 예외에 해당한다. 주석은 국제적 처분 조약이 정당화될 수 있는 근거를 대상 국가의 묵인 또는 처분의 국제 공익적 목적에서 찾았다.<sup>579)</sup>

## II. 비엔나 조약법협약

### 1. Lauterpacht 초안

국제법위원회의 조약법 성문화 작업에서 대세적 효력을 갖는 조약 개념을 가장 먼저 언급한 사람은 Lauterpacht 특별보고관이다. 그는 조약의 상대효 원칙에도 불구하고 조약의 법적 효력이 반드시 당사국으로만 제한되지 않는다고 보았다.<sup>580)</sup> 즉 모든 조약이 반드시 합의적 또는 계약적 성질만 가지는 것은 아니다. Lauterpacht 특별보고관은 특수한 사례로서 국제입법적 조약 또는 일반적 처분에 관한 조약을 고려했다. 이들은 계약적 성격보다는 입법적 성격을 가지므로 조약 일반에 적용되는 원칙이 그대로 적용된다고 보기 어렵다. 특별보고관은 이러한 유형의 다자 조약에 적용되는 특수한 규정을 기초할 것이라고 밝혔다.<sup>581)</sup> 그러나 Lauterpacht 특별보고관이 1954년 국제사법재판소의 재판관으로 선출되는 바람에 동 규정은 실제로 기초되지 못했다.<sup>582)</sup>

Lauterpacht 특별보고관에 따르면, 국제판례도 국제적 입법의 성격을

---

578) Anzilotti, *supra* note 71, pp. 416-417.

579) 'Codification of International Law: Part III - Law of Treaties', *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 922.

580) Yearbook of the International Law Commission, 1953, Vol. II, p. 98, para. 5.

581) Ibid, p. 93, Comment to Article 1, para. 1.

582) Ibid, p. 90, fn. 1.

가진 조약 개념을 지지한다.<sup>583)</sup> ICJ는 *Reparations* 사건에서 국제사회를 대표하는 국가 집단이 대세적으로 주장할 수 있는 객관적 법인격을 가진 실체를 창설할 수 있다고 보았다.<sup>584)</sup> 국제연맹으로부터 Åland Islands 사건 검토를 위임받은 국제법률가위원회도 동 섬에 관한 1856년 조약의 규정이 유럽 내 이해관계를 규율하는 처분으로서 성질을 가진다고 판단했다. 즉 1856년 조약은 Åland Islands의 비무장화와 관련해서 동 섬에 특별한 국제적 지위를 부여한다. 이러한 조약 규정이 계속해서 존재하는 한 모든 이해관계국들은 그 이행을 청구할 권리가 있다.<sup>585)</sup> *International Status of South-West Africa* 사건에서 ICJ는 서남 아프리카에 대한 위임통치 관련 규범들은 동 지역에 모든 국제연맹 회원국들이 인정하는 국제적 지위를 부여한다고 보았다.<sup>586)</sup> 국제연맹규약 제22조에 따르면, 위임통치지역 주민들의 복지와 발전은 ‘전세계의 신성한 위탁(sacred trust of civilization)’을 구성한다. McNair 재판관은 동 원칙에 따라 위임통치에 맡겨진 지역은 특별한 법적 지위가 부여된다고 보았다.<sup>587)</sup>

Lauterpacht 특별보고관은 비당사국들의 행위도 규율하는 일반적, 준입법적 성격을 가진 조약 규정의 실례로 UN헌장 제2조 6항을 언급한다.<sup>588)</sup> 제2조 6항에 따르면, UN은 국제 평화와 안전의 유지에 필요한 한, 비회원국이 헌장 제2조상 원칙에 따라 행동하도록 확보한다. 특별보고관은 동 조항이 비회원국에 법적 의무를 부과하는 것이 아니고, 비회원국의 행위를 규율할 권리를 UN에 부여하는 것이라고 설명한다.<sup>589)</sup>

이처럼 Lauterpacht 특별보고관은 국제입법의 성격을 가지는 조약의

583) Ibid, pp. 93-94, Comment to Article 1, para. 1.

584) *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 185.

585) 'Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question', *League of Nations Official Journal*, Special Supplement No. 3 (1920), pp. 18-19.

586) *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 132.

587) *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, Separate Opinion by Sir Arnold McNair, p. 154.

588) Yearbook of the International Law Commission, 1953, Vol. II, p. 98, para. 5.

589) Ibid.



존재가 조약법상 인정되어야 한다는 입장을 취했다. 그는 국제사회의 통합이 심화될수록 국가집단에 의해 체결된 조약이 비당사국의 단순한 준수 확보를 넘어 비당사국에 대해 적극적으로 법적 권리의무를 부여할 수 있게 될 것으로 예측했다. 또한 이러한 조약은 조약으로서 성질을 유지하면서 동시에 국제입법의 수단이 될 수 있다고 보았다.<sup>590)</sup>

## 2. Fitzmaurice 초안

Fitzmaurice 초안은 조약의 객관적 효력, 즉 제3국에 대해 권리의무를 창설하는 경우를 두 부분으로 나누어서 다룬다.<sup>591)</sup> ① 조약 또는 국제적 체제 하 해양·육지 영역의 이용(제14조, 제26조), ② 합법적이며 유효한 조약으로 창설된 법률관계 및 사실관계를 인정하며 존중할 국가의 일반 의무(제18조, 제29조). 특히 제14조와 제18조의 내용이 대세적 효력을 갖는 조약에 관한 논의의 주축이 되므로, 이 두 조항을 집중적으로 살펴보기로 한다.<sup>592)</sup>

Fitzmaurice 특별보고관은 조약 또는 국제적 체제 하에서의 해양·육지 영역 이용의 문제를 제14조 및 제26조라는 별도의 조항에서 다뤘다. 그러나 개인적으로는 조약 자체가 대세적 효력을 가진다는 이론을 지지하지 않았다. 오히려 이러한 현상을 ‘타국의 합법적이며 유효한 국제적 행위에 대한 제3국의 존중 의무’로 충분히 설명할 수 있다고 보았다.<sup>593)</sup> 특별보고관이 대세적 효력을 갖는 조약 개념에 부정적 입장을 갖고 있었음에도 불구하고 제14조 및 제18조와 같은 조항을 기초한 이유는

---

590) Ibid.

591) Fitzmaurice 초안에 대한 Waldock 특별보고관의 분석 참고. Yearbook of International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 27, para. 3.

592) 제26조와 제29조는 제14조와 제18조에 각각 대응되는 조항으로 의도되었다. 제14조와 제18조는 제3국에 불리한 효과를 발생시키는 조약과 관련되며, 제26조와 제29조는 제3국에 유리한 효과를 발생시키는 조약과 관련된다. 제26조와 제29조는 각각 제14조와 제18조상 의무를 부담하는 제3국이 이에 상응하는 권리를 갖는다고만 규정한다. 이로 미루어볼 때, 두 조항은 제3국 의무와 권리에 관한 초안의 내용상 균형을 맞추기 위해 인위적으로 삽입된 것으로 추측된다.

593) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 93, para. 52; Ibid, p. 98, para. 71. See also, ibid, p. 87, para. 22; ibid, p. 97, para. 68.

무엇인가? Fitzmaurice 초안은 조약법에 관한 ‘협약’이 아닌 ‘일반적 성격의 규칙’을 제시하려는 의도 하에 만들어졌다.<sup>594)</sup> 즉 조약법과 관련된 모든 규칙들을 담은 초안을 만드는 것이 국제법위원회의 목표였다. 따라서 Fitzmaurice 특별보고관의 개인적 견해에도 불구하고 일각에서는 조약의 대세적 효력 이론을 지지했으므로 이 두 견해 모두 초안에서 비중 있게 다루어졌던 것이다.

초안 제14조 및 제26조, 즉 ‘조약 또는 국제적 체제 규율 하에서의 해양·육지 영역 이용’은 제3국이 특수한 국제적 체제가 설정된 영역을 이용하는 경우를 규율한다. 이때 영역 이용에 관한 권리·의무를 담은 국제적 체제가 전체로서 제3국에 적용된다. 제3국이 이용 체제의 조건에 따르지 않고 이용권만 향유하거나, 이용 조건을 모두 지켰는데도 이용권이 일부 제한될 수는 없다. 제14조 1항에 따르면, 영역을 이용하는 제3국은 조약상 조건을 준수해야 한다. 제26조 1항도 영역을 이용하는 제3국은 조약상 조건에 따라 영역 이용 권리를 향유한다고 규정한다.

특별히 주목할 점은 초안 제14조가 이러한 국제적 체제를 해당 영역이 일국의 배타적 관할 하에 있는지 여부에 따라 두 가지 유형으로 구분하고 있다는 사실이다. 첫 번째 유형은 일국의 관할 하에 놓인 해양·육지 영역을 이용하는 경우로, 1항에서 규율된다. 두 번째 유형은 국제적 공동 이용 체제 하에 놓인 영역을 이용하는 경우이며, 2항에서 규율된다. 국제적 공동 이용 체제가 적용되는 영역이란, 남극이나 공해·심해저, 우주 공간 등과 같이 일국의 관할권 이원에 위치한 영역을 의미한다.

제14조가 왜 이 두 경우를 별개로 다뤘는가? 국가가 자신의 관할 하에 놓인 영역을 마음대로 처분할 수 있다는 것은 자명한 사실이다. 이는 영토주권의 핵심으로서 *imperium*의 한 측면에 해당한다.<sup>595)</sup> 국가는 타국과 조약을 체결하여 자국 내 일정 영역에 특수한 국제적 이용 체제를 설정할 수 있다. 반면, 국가는 자신의 관할권 이원에 위치한 영역을 자의로 처분할 수 없다. 특정 영역에 이용 체제를 설정하는 것은 그 영역에 대한 법적 처분 행위이다. 국가가 자신의 관할 영역에 이용 체제를 설정한

594) Yearbook of the International Law Commission, 1959, Vol. II, p. 91, para. 18.

595) Brownlie, *supra* note 12, p. 106.

다면 이 영역을 이용하는 타국이 이용 체제를 준수해야 함은 당연하다. 이를 두고 일국의 영토를 이용하는 타국이 그 국가의 국내법에 따라야 하는 것과 동일한 경우라고 설명하는 학자도 있다.<sup>596)</sup> 조약 당사국들이 공동으로 배타적 관할권을 행사하는 경우도 비슷한 논의가 가능하다.

한편, 조약 당사국들이 자신들의 배타적 관할권 하에 있지 않은 영역에 대해서도 일방적으로 이용 체제를 설정하고 다른 국가들에게도 준수하도록 요구할 수 있는가? 이는 일견 주권평등의 원칙에 반하는 것으로 보이나, 국가실행에서는 빈번하게 나타난다. 대표적인 사례로는 앞서 살펴본 국제적 처분 조약 외에도 1959년 남극조약<sup>597)</sup>, 1967년 우주조약<sup>598)</sup>, 1979년 달 조약<sup>599)</sup>, 1982년 해양법협약<sup>600)</sup>상 공해·심해저 체제 등이 있다. 이 조약들의 공통점은 국제질서 또는 국제공익상 필요에 의해 만들어졌다는 데 있다. 일국이 배타적으로 관할하는 영역이 아니므로, 영토주권 외의 다른 법적 근거가 필요하기 때문이다.

Fitzmaurice 초안은 이 경우를 제14조 2항에서 다룬다. 제14조의 주석은 다음 조건들이 모두 충족되면 조약의 ‘대세적 효력’이 인정될 가능성이 높다고 설명한다. 첫째, 해당 영역에 대한 영토적 권리가 인정될 수 있거나 또는 직접적 이해관계를 갖는 모든 국가들이 조약에 참여해야 한다. 둘째, 동 조약으로서 해당 영역에 영속적 또는 반영속적 공동 이용 체제가 설정되어야 한다. 셋째, 이로 인해 다른 국가들의 국제적 권리가 침해되어서는 안 된다.<sup>601)</sup> Fitzmaurice 특별보고관은 제14조 2항의 경우가 제14조와 제18조 중 어느 경우에 속하는지 판단하기 어렵다고 하면서도<sup>602)</sup>, 결국 제14조의 경우라고 판단한다.<sup>603)</sup>

특별보고관은 제14조와 제18조를 엄격히 구분한다. 제14조는 제3국에

---

596) David, *supra* note 21, p. 891.

597) 1959 The Antarctic Treaty.

598) 1967 Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies.

599) 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies.

600) 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea.

601) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 93, para. 53.

602) Ibid.

603) Ibid, para. 54.

게 작위의무를 부과<sup>604)</sup>하는 반면, 제18조는 부작위의무를 부과한다. 제14조에 따르면 국제적 체제가 설정된 영역을 이용하는 제3국은 영역 이용에 관련된 조건을 준수할 작위의무를 부담한다. 반면, 제18조에 따르면, 제3국은 조약상 설정된 국제적 체제나 법적 지위를 인정하며 이를 부당하게 침해하지 않을 부작위의무를 부담한다.<sup>605)</sup> 제14조가 특정 육지·해양 영역에 조약상 특별한 국제적 이용 체제가 설정된 경우를 다룬다면, 제18조는 그 밖의 다른 모든 국제적 체제 설정 조약의 경우를 다룬다.

제14조와 마찬가지로 제18조에서도 대세적 효력을 갖는 조약 개념이 인정될 수 있는지가 주요 쟁점이다. 제18조의 문언 자체는 중립적이다. 제18조 1항에 따르면, ‘모든 국가들은 성질상 대세적 효력을 갖는 경향이 있는 합법적이며 유효한 조약에 의해 창설된 법률관계 또는 사실관계를 인정하며 존중할 의무가 있다.’<sup>606)</sup> 즉 제18조 1항은 ‘성질상 대세적 효력을 갖는 조약’과 ‘조약에 의해 창설된 법률관계 또는 사실관계를 인정하며 존중할 의무’를 모두 언급한다. 제18조 1항은 이러한 조약의 예로 ① 평화조약, 또는 기타 정치적·영토적 처분을 포함하는 조약, ② 특정 지역에 대한 중립화·비무장화 체제 및 지위를 설정하는 조약, ③ 처분적 성질의 조약 등을 규정한다. 각각의 유형에 대한 Fitzmaurice 특별보고관의 입장을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 국제적 처분. Fitzmaurice 특별보고관은 국제적 처분 조약이 당연히 대세적 효력을 갖는다는 견해를 수용하지 않는다. 물론 결과적으로 국제적 처분이 대세적 효력을 갖게 되기는 하지만, 이는 조약의 특수한 성질보다는 타국간 이루어진 합법적이며 유효한 국제적 행위의 결과를 인정해야 할 국가의 일반 의무에 기인한다고 본다.<sup>607)</sup> 특별보고관은 하버드 초안 주석과 Roxburgh 역시 국제적 처분 조약 자체의 대세적 효력에 대해 유보적 입장을 취했다고 평가한다.<sup>608)</sup>

둘째, 중립화·비무장화 조약. 특별보고관은 Åland Islands 사건에서 국

604) Ibid.

605) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 92, para. 50.

606) Ibid.

607) Ibid, p. 98, para. 71.

608) Ibid, pp. 97-98, para. 70.

제법률가위원회가 대세적 효력을 갖는 조약 개념을 지지했다고 평가했다.<sup>609)</sup> 그러나 이 경우에도 모든 국가가 자국의 기존 권리의무에 반하지 않는 이상 유효하게 창설된 중립적 지위를 인정하고 존중할 국제적 의무를 갖는 것으로 설명할 수 있다고 반박했다.<sup>610)</sup>

셋째, 처분적 성질의 조약. 이는 조약 발효와 동시에 곧바로 효력을 발생하며 집행되는 조약으로서, 대표적 예로 영토 할양 조약, 국경 조약, 국제지역권 설정 조약 등이 있다. 특별보고관은 국제지역권 조약이 대세적 효력을 가진다고 할 수도 있지만, 타국의 존중 의무로도 이를 설명할 수 있다고 보았다.<sup>611)</sup>

Fitzmaurice 특별보고관은 세 가지 유형의 조약들을 살펴보면서 객관적 효력설을 전면적으로 부인하진 않았다. 즉 구체적 사례를 통해 객관적 효력설이 타당하지 않음을 입증한 것이 아니다. 단지 특별보고관이 지지하는 일반적 의무설로도 이를 설명할 수 있다는 정도만 언급했다. 특별보고관이 조약의 객관적 효력 개념을 효과적으로 반박하지 못했음은 제18조와 대응 관계에 있는 제29조를 살펴볼 때도 명백히 드러난다. 제29조 2항은 제18조에서 언급한 국제적 체제 설정 조약들이 ‘객관적 효력’을 갖는다고 설명한다.<sup>612)</sup> 주석도 이를 재확인한다.<sup>613)</sup>

특별보고관이 제18조 1항이라는 특수한 맥락에서 ‘조약에 의해 창설된 법률관계 또는 사실관계를 인정하며 존중할 일반적 의무’를 언급한 것 자체도 상당히 모순적이다. 이러한 의무는 제18조의 상황에만 인정되는 특별한 의무인가, 아니면 모든 상황에 인정되는 일반적 의무인가? 특별보고관은 제18조의 제목에서 이를 ‘모든 국가들의 일반적 의무’라고 칭하면서 후자의 입장을 취하는 듯 보인다. 그러나 정작 본문에서는 이러한 의무가 ‘성질상 대세적 효력을 갖는 경향이 있는 합법적이며 유효한 조약에 의해 창설된 법률관계 또는 사실관계’에 관한 것이라고 하면서 전자의 입장을 드러낸다. 이어서 성질상 대세적 효력을 갖는 조약의

---

609) Ibid, pp. 98-99, para. 72.

610) Ibid, p. 99, para. 73.

611) Ibid, para. 75.

612) Ibid, p. 83.

613) Ibid, p. 106, para. 108.

‘가장 중요한 유형’ 세 가지를 소개하면서 이 점을 더욱 공고히 한다. Waldock 특별보고관도 이러한 Fitzmaurice 특별보고관의 모순적 입장에 주목하면서, ‘일반적 의무’ 개념의 도입은 당초 배척한 조약의 객관적 효력설을 ‘뒷문으로 들여보낸 격’이라고 비판했다.<sup>614)</sup>

### 3. Waldock 초안

Waldock 특별보고관은 Fitzmaurice 특별보고관과 달리 객관적 효력을 가지는 특수한 조약 유형이 존재한다고 보았다. 앞서 제2장에서도 볼 수 있듯이, Waldock 특별보고관은 조약의 상대효 원칙에 대한 예외도 비교적 관대하게 인정한다. 바로 이러한 배경에서 Waldock 초안 제63조 객관적 체제 설정 조약 조항이 탄생할 수 있었다. Waldock 초안 제63조는 처음으로 조약의 대세적 효력 현상을 ‘객관적 체제 설정 조약’이라는 독자적 조약 유형으로 다룬 것으로서 중요한 의의를 가진다. 뿐만 아니라, Waldock 특별보고관은 동 조항을 통해 객관적 체제 설정 조약을 조약법의 맥락에서 어떻게 다루어야 하는지에 대한 구체적인 가이드라인을 제시했다. 이하에서는 제63조의 내용과 동 조항에 대한 국제법위원회의 반응을 살펴보기로 한다.

#### (1) 초안 제63조

Waldock 초안 제63조 1항은 다음과 같이 규정한다.

“1. 조약은 다음의 경우에 객관적 체제를 설정한다. 조약의 문언과 체결시의 상황으로 보아 당사국들이 공공의 이익에 따라 특정 지역, 국가, 영역, 지방, 하천, 수로, 또는 해상·해저·상공의 특정 영역과 관련하여 일반적 의무 또는 권리의 창설을 의도한 경우. 이때 조약의 주제에 관하여 영토적 권한을 가진 모든 국가가 조약 당사국 범위에 포함되거나, 그

---

614) Yearbook of International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 32, para. 16; 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 97, para. 29.

러한 모든 국가가 해당 조약 규정에 동의해야 한다.”<sup>615)</sup>

제63조는 조약법 성문화 역사상 최초로 객관적 체제 설정 조약 개념을 조약법상 명문의 규정으로 도입했다. 이 점에서 동조는 상당히 중요한 의미를 가진다. 뿐만 아니라, 제63조에 대한 주석은 객관적 체제 설정 조약 개념이 조약법상 어떻게 운용되는지를 구체적으로 제시했다. Waldock 특별보고관은 이를 통해 객관적 체제 설정 조약 개념이 제3자적 조약 및 관습국제법과 분명히 구별되는 개념으로서 조약법상 독자적 조항에서 다뤄져야 한다는 사실을 보이고자 했다.

제63조 1항에 대한 주석은 크게 두 부분으로 나뉜다. 첫 번째 부분에서 Waldock 특별보고관은 Fitzmaurice 초안 중에서 대세적 효력을 가진 조약에 관한 조항들을 비판적으로 분석한다. 이어 두 번째 부분에서는 객관적 체제 설정 조약과 관련된 국제사회의 실행들을 유형별로 분류하고, 각 유형이 진정한 의미의 객관적 체제 설정 조약인지 검토한다. 이하에서 차례로 살펴보도록 하자.

우선 Waldock 특별보고관은 Fitzmaurice 초안 중에서 ① 입법적 조약 개념과 ② 타국간 체결된 합법적이며 유효한 조약의 존중 의무, 이 두 가지가 객관적 체제 설정 조약 개념과 관련된다고 본다. 여기서 입법적 조약이란 관습국제법이 형성되도록 유도할 목적을 가진 조약을 의미한다. Fitzmaurice 초안상 관련 규정은 제16조 및 제28조 ‘입법적 또는 규범선언적 조약의 운영을 통해 성립된 관습국제법상 의무 또는 권리’이다. 관습은 입법적 조약의 효력을 널리 확장시키는 데 중요한 역할을 담당한다. 그러나 이때 제3국이 조약에 직접 구속되는 것이 아니라 관습법에 구속된다는 점에 유의해야 한다. Waldock 특별보고관도 만약 입법적 조약의 대세적 효력을 조약이 가지는 효력으로 이해한다면, 뚜렷해야 할 조약과 관습 간 경계가 흐려지는 결과를 낳을 것이라고 경고했다.<sup>616)</sup>

Fitzmaurice 초안과 Waldock 초안은 목적 및 성격상 큰 차이가 있다. 전자가 조약에 관련된 모든 규칙을 담고자 했다면, 후자는 조약법 협약의 초안으로 의도되었다. 따라서 Waldock 특별보고관은 자신의 초안에서

---

615) Ibid, p. 26.

616) Ibid, p. 27, para. 2.

조약에 근거한 권리의무와 관습법에 근거한 권리의무가 분명히 구별되어야 함을 강조했다.<sup>617)</sup> 특별보고관은 입법적 조약이 관습국제법으로 발전하여 제3국을 구속하는 경우를 초안 제64조에서 다루면서, 동조는 보충적 성격의 규범이라고 설명했다.<sup>618)</sup> 역설적이게도 보충적 규정으로 의도된 제64조는 이후 최종 비엔나 조약법협약에 포함되었고, 주요 규정으로 의도된 제63조는 최종 협약에서 제외되었다.

다음으로, 특별보고관은 Fitzmaurice 초안 제18조와 제29조, 즉 타국간 체결된 합법적이며 유효한 조약을 존중할 일반 의무에 대해 검토한다. 그에 따르면, 문제는 동 조항들에서 언급된 조약의 대세적 효력이 ① 국가들의 ‘일반 의무’에서 비롯되는지, ② 조약의 특수한 성격에서 비롯되는지, ③ 타국의 승인 및 묵인에 의한 것인지, ④ 이 모든 요소들이 종합적으로 작용한 것인지에 있다.<sup>619)</sup>

특별보고관은 국제적 체제를 창설하는 조약의 객관적 효력을 타국간 체결된 조약을 존중해야 할 ‘일반적 의무’로 설명할 경우, 다음의 두 가지 문제점이 제기된다고 보았다.<sup>620)</sup> 첫째, 이러한 의무는 조약의 상대 효 원칙에 비추어보았을 때 인정되기 어렵다. 둘째, 비록 이러한 의무가 인정된다 하더라도, 객관적 효력을 발생시키는 조약과 그렇지 않은 조약 간 존재하는 차이를 제대로 설명하지 못한다. 특별보고관에 따르면, 모든 조약은 당사국 간 일정한 법률관계를 창설하며, 그런 의미에서 모든 조약은 ‘국제적 체제’를 창설한다.<sup>621)</sup> 그러나 객관적 효력은 오직 특정한 조약 유형에 대해서만 인정된다는 것이 통설이다.<sup>622)</sup> Fitzmaurice 특별보고관도 자신의 초안 제18조의 적용 범위를 ‘성질상 대세적 효력을 갖는 경향이 있는 조약들’로 제한했고, 동 조에서 대세적 효력을 갖는 조약들을 몇 가지 유형으로 한정했다.<sup>623)</sup>

---

617) Ibid.

618) Ibid.

619) Ibid, p. 28, para. 6.

620) Ibid.

621) Ibid.

622) Ibid.

623) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 80.



한편, Waldock 특별보고관은 Fitzmaurice 초안이 제14조 및 제26조에  
서 제3국의 해양·육지 영역 이용을 적극적 행위요소가 포함된 특수한  
경우로 보았음에 주목했다. 그러나 초안이 제3국의 이용권에 대해서는  
구체적으로 설명하지 않았다고 지적하면서, Fitzmaurice 특별보고관이 이  
러한 제3국 권리의 근거를 조약 체제와 묵인 및 관습 등의 복합체에서  
찾았다고 평가한다.<sup>624)</sup>

Waldock 특별보고관은 Fitzmaurice 초안 제14조 및 제26조가 특정 영  
역의 ‘이용’이라는 적극적 행위요소가 관련된 경우만을 조약의 특수한  
제3자적 효력 유형으로 다루는 것은 부적절하다고 비판했다.<sup>625)</sup>  
Fitzmaurice 초안의 주석에 따르면, 제3국이 타국 간 체결된 조약으로 창  
설된 법률관계 및 사실관계를 인정·존중할 의무(제18조)와 제3국이 국  
제적 체제가 설정된 특정 영역을 이용하는 경우(제14조)는 분명히 구별  
된다.<sup>626)</sup> 후자는 제3국의 적극적 행위요소가 관련되기 때문이다.<sup>627)</sup> 해당  
영역을 적극 이용하려는 제3국이 영역을 사용할 권리에 수반되는 조건을  
지켜야 함은 물론이다.<sup>628)</sup> 그러나 Waldock 특별보고관은 제3국의 적극적  
행위요소와 자동수반원칙 (또는 조건부 권리) 등을 이유로 제14조의 경  
우를 제18조의 경우와 구별하는 것은 타당하지 않다고 비판한다.<sup>629)</sup> 우  
선, 현실의 많은 조약 규정들은 특정 영역의 이용과 관련하여 제3국에게  
작위의무뿐만 아니라 부작위의무도 함께 부과한다.<sup>630)</sup> 또한 해당 영역에  
설정된 국제적 체제를 인정할 ‘일반적 의무’ 및 이를 원용할 ‘일반적  
권리’ 개념이 자동수반원칙보다 이러한 현상을 더 잘 설명할 수 있  
다.<sup>631)</sup> 또한 일반적 권리·의무 개념은 설명력의 범위도 더 넓다.<sup>632)</sup>

Waldock 특별보고관의 ‘객관적 체제 설정 조약’이란, 특정 수로나

---

624) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 28, para. 7.

625) Ibid, pp. 28-29, para. 8.

626) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 92, para. 50.

627) Ibid.

628) Ibid.

629) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, pp. 28-29, para. 8.

630) Ibid.

631) Ibid, p. 29, para. 8.

632) Ibid.

영토의 이용에 관해 국제적 체제를 수립하거나 또는 일정한 지역에 대해 특별한 규율 체제를 부착하는 조약을 의미한다.<sup>633)</sup> 중요한 문제는 이러한 조약의 범위가 어디까지 인정될 수 있는지에 있다. Waldock 특별보고관은 가능한 후보군으로서 다음을 고려했다. ① 국제 하천·수로의 항행에 관한 조약, ② 특정 영역·지역의 중립화 또는 비무장화에 관한 조약, ③ 특정 영역의 위임통치 또는 신탁통치에 관한 조약, ④ 새로운 국가 또는 국제기구를 수립하는 조약, ⑤ 영토할양조약 및 국경조약.<sup>634)</sup>

첫째, 국제 하천·수로의 항행에 관한 조약. 특별보고관은 이를 객관적 체제 설정 조약의 첫 번째 후보군으로 소개한다. 19세기 유럽에서부터 오늘날까지 이러한 유형의 조약은 빈번하게 체결되고 있으며, 이 중 많은 경우가 개정되거나 후속 조약으로 대체되었다. 오늘날 주요 국제 하천에 적용되는 항행 체제의 대부분은 관습법적 성격이 인정된다.<sup>635)</sup> 그러나 Waldock 특별보고관은 이러한 항행 체제를 수립한 조약 자체에 집중한다. 즉 이러한 조약들이 특정한 사건을 계기로 우연히 관습법으로 발전하게 된 것은 아니며, 조약의 체결과 동시에 국제적으로 적용될 체제를 수립했다는 것이다.<sup>636)</sup>

특별보고관은 관련 사례로 1888년 수에즈 운하 협정, 파나마 운하에 관한 1901년 Hay-Pauncefote 조약, 1919년 베르사유 조약상 킬 운하 조항 등을 검토한다. 1888년 수에즈 운하 협정과 관련해 중요한 점은 국가들이 관습법이 아닌 동 협정을 수에즈 운하에 설정된 국제적 체제의 법원(法源)으로 계속 보았다는 사실이다.<sup>637)</sup> 한편, 1901년 Hay-Pauncefote조약 당사국인 미국과 영국은 동 조약을 제3국에 법적 권리를 부여할 수단으로 의도하지 않았다.<sup>638)</sup> 그럼에도 불구하고 PCIJ는 *Wimbledon* 사건에서 수에즈 운하와 파나마 운하를 ‘전세계의 이용에 영구히 제공된 운하’로 보았다.<sup>639)</sup> 재판소는 킬 운하도 ‘전세계 모든

633) Ibid, p. 27, para. 4.

634) Ibid.

635) Ibid, p. 29, para. 9.

636) Ibid.

637) Ibid, p. 29, para. 10.

638) Roxburgh, *supra* note 44, pp. 63-70.

국가의 이익을 위해 발트해로의 용이한 접근을 조약 하에서 보장되도록 한 국제수로'가 되었다고 판단했다.<sup>640)</sup> 또한 1919년 베르사유 조약 기초자들의 의도는 '국제적 체제를 수립함으로써 발트 해로의 접근을 용이하게 하는 것'이라고 설명했다.<sup>641)</sup> Waldock 특별보고관에 따르면, 이로부터 다음과 같은 PCIJ의 입장을 추론해 낼 수 있다. 즉 PCIJ는 관습 또는 국가들의 승인으로서가 아닌, 오직 조약 자체의 효력에 의해서만 길 운하에 일정한 국제적 지위가 부여되었다고 보았다.<sup>642)</sup>

둘째, 특정 지역의 중립화 또는 비무장화에 관한 조약. 해양 및 육지 영역 이용과 달리, 특정 지역의 중립화·비무장화의 경우에는 제3국의 적극적 행위요소가 개입하지 않는다. 그러나 Waldock 특별보고관은 양자를 구별할 실익이 없다고 보았다.<sup>643)</sup> 오히려 두 경우에서 중요하게 살펴 봐야 할 점은 다음과 같다. 이러한 조약들은 조약법상 특수한 효력이 인정되는 조약인가, 아니면 단지 관습국제법의 형성을 유도하려는 목적만 갖는 조약인가?<sup>644)</sup>

중립화·비무장화 조약은 대상 영역에 일정한 국제적 지위를 설정한다. 조약 당사국뿐만 아니라 제3국들도 이러한 지위의 지속적 유지에 상당한 이해관계를 가진다.<sup>645)</sup> Waldock 특별보고관은 대표적 사례로서 1815년 스위스 영세중립화 조약, 1856년 Åland제도 비무장화 조약, 1959년 남극조약을 거론한다.<sup>646)</sup> 이 중 특히 남극조약에 주목할 필요가 있다. Waldock 초안 제63조가 남극조약을 모델로 삼아 만들어졌기 때문이다.<sup>647)</sup> 실제로 남극조약에 대한 Waldock 특별보고관의 설명에는 객관적 체제 설정 조약의 중요한 개념 요소들이 포함되어 있다.

639) *Case of the S.S. "Wimbledon"*, Judgment of 17 August 1923, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 28.

640) Ibid, p. 22.

641) Ibid, p. 23.

642) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 30, para. 10.

643) Ibid, p. 29, para. 8.

644) Ibid.

645) Ibid, p. 30, para. 11.

646) Ibid.

647) Simma, 'The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an "Objective Regime"', *supra* note 11, pp. 193-194.

특별보고관은 대세적 효력을 갖는 조약에서 권리와 의무가 이른바 ‘자동수반원칙’으로 연결된다는 Fitzmaurice 특별보고관의 입장을 비판하기 위한 근거로 남극조약을 제시한다.<sup>648)</sup> 남극조약 제2조는 과학조사의 목적으로 남극을 이용할 권리를 규정하지만, 제1조는 남극의 비무장화 의무를 규정한다. 남극의 비무장화 의무와 과학조사의 권리는 서로 전혀 무관하게 적용된다. 즉 비무장화 의무를 준수할 조건으로 과학조사의 권리가 인정되는 것은 아니다.<sup>649)</sup> Waldock 특별보고관은 따라서 대세적 효력을 갖는 조약에서의 권리와 의무를 자동수반원칙이 아닌, ‘일반적 권리’ 및 ‘일반적 의무’ 개념으로 설명해야 한다고 주장했다.<sup>650)</sup> Waldock 초안 제63조 1항은 객관적 체제 설정 조약 당사국들의 의도가 ‘일반적 의무 및 권리’를 창설하는 것이라고 규정한다.<sup>651)</sup>

Waldock 특별보고관은 남극에 대해 영유권을 주장한 적이 있었던 모든 국가들이 남극조약의 원당사국에 포함되었다는 사실에 주목한다.<sup>652)</sup> 이와 관련해서 Waldock 초안 제63조 1항 후반부를 살펴볼 필요가 있다. 이에 따르면, 객관적 체제 설정 조약의 당사국에는 ‘조약의 주제에 대해 영토적 권한을 갖는 국가가 포함되어야 한다.’ 또한 특별보고관은 남극조약의 당사국들이 남극에 객관적 법체제를 설정하려는 의도가 조약의 전문뿐만 아니라 제1조와 제2조의 서술 방식에서 잘 드러난다고 보았다.<sup>653)</sup> 실제로 남극조약 전문은 다음과 같이 시작한다. ‘남극이 영구히 계속해서 평화적 목적으로만 사용되며 국제분쟁의 무대 또는 대상이 되지 않는 것이 모든 인류의 유익에 부합한다는 점을 인지하며.’ 한편, 제1조 1항에 따르면, ‘남극은 오직 평화적 목적으로만 사용되어야 한다.’ 제2조에 의하면, ‘남극 과학 조사의 자유와 이를 위한 협력은 (...) 지속된다.’ 특별보고관은 제1조 및 제2조가 남극에 적용되는 기본 원칙을 ‘객관적으로 서술’하고 있다고 평가한다.<sup>654)</sup> 즉 조약 당사국들이

648) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, pp. 28-29, para. 8.

649) Ibid.

650) Ibid.

651) Ibid, p. 26.

652) Ibid, p. 30, para. 11.

653) Ibid.

동 원칙들이 대세적으로 적용될 것을 예정했던 것이다. 이와 관련해서 Waldock 초안 제63조 1항은 조약 당사국들이 애초에 객관적 체제를 설정할 것을 의도했어야 한다고 규정한다.<sup>655)</sup>

셋째, 특정 영역의 위임통치 또는 신탁통치에 관한 협정. Waldock 특별보고관은 *International Status of South-West Africa* 사건에서 ICJ가 위임통치·신탁통치체제의 객관적 성격을 확인했다고 설명한다.<sup>656)</sup> 사건의 개요는 앞서 제2절에서 구체적으로 살펴본 바 있다. 물론 위임통치협정이 엄밀한 의미에서 객관적 체제 설정 조약이라고 볼 수 있는지에 대해서는 이론의 여지가 있다. 우선, 위임통치협정이 과연 ‘조약’에 해당하는지에 관해 의문이 제기될 수 있다. *South-West Africa Cases* 에서 일부 재판관들은 서남아프리카 위임통치체제가 조약이 아니라 국제연맹 총회 및 이사회 결의에 의해 설정되었다고 보았다.<sup>657)</sup> 그러나 위임통치체제가 조약으로 설정되었다는 것이 다수의견이었다.<sup>658)</sup>

한편, 국제연맹 회원국들을 위임통치약정의 제3국이라고 볼 수 있는지에 대해서도 이론의 여지가 있다. 위임통치를 설정할 수 있는 국제연맹의 권한은 국제연맹규약에 근거하며, 위임통치를 감시하는 기관 역시 그들이 회원으로 있는 국제연맹이기 때문이다. 회원국들은 위임통치체제의 설정에 있어 완전한 의미의 제3국이라고 보기는 어렵다.<sup>659)</sup> 이상의 문제점들에도 불구하고 Waldock 특별보고관은 국제적 지위를 수립하는 위임통치체제의 효력이 ICJ에서 중요하게 다뤄졌음을 강조한다.<sup>660)</sup>

넷째, 새로운 국가 또는 국제기구를 수립하는 조약. Waldock 특별보고관은 결론적으로 후자를 객관적 체제 설정 조약의 범위에서 제외시켰다. 국제기구의 객관적 법인격은 초안 제63조보다 더 넓은 의미에서의 ‘승

---

654) Ibid.

655) Ibid, p. 26.

656) Ibid, pp. 30-31, para. 12.

657) *South-West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962, Joint Dissenting Opinion of Sir Percy Spender and Sir Gerald Fitzmaurice, pp. 474-479.

658) *South-West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 331.

659) Yearbook of International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 31, para. 12.

660) Ibid.

인’을 요구한다는 이유에서였다.<sup>661)</sup> Waldock 특별보고관이 언급하지 않은 양자의 차이점이 하나 더 있다. 초안 제63조의 객관적 체제는 특정한 영역에 부착된 법체계를 의미한다. 즉 영역적 관련성은 객관적 체제 설정 조약에서 요구되는 핵심 요소 중 하나이다. 국제기구는 국가와 달리 특정된 영역에 설정된 법체제가 아니다.

그러나 국제기구에 법인격을 부여하는 조약과 객관적 체제 설정 조약은 유사한 법리를 공유한다. Waldock 특별보고관도 이 점을 인정하면서,<sup>662)</sup> 국제기구 설립 조약에서 참고할 사항을 몇 가지 제시한다.<sup>663)</sup> 우선, 국제기구에 객관적 법인격이 인정되려면 국제기구 설립 조약 당사국들이 당초부터 그러한 의도를 가지고 있어야 한다. 특별보고관에 따르면, ICJ의 *Reparations* 권고적 의견에서 이를 확인할 수 있다. 권고적 의견의 해당 본문은 다음과 같다. ‘국제공동체의 대다수를 대표하는 50개 국가는 국제법에 따라 객관적 국제법인격 - 단지 그 국가들에 의해서만 인정되는 법인격이 아니며, 국제적 소제기 능력도 포함되는 법인격 - 을 가진 실체를 설립할 권한이 있다.’<sup>664)</sup> 특별보고관은 ICJ가 ‘국제공동체의 대다수를 대표하는’이라는 표현과 ‘객관적 국제법인격을 가진 실체를 설립할 권한이 있다’는 부분에 주목했다. ICJ가 UN의 객관적 법인격을 UN헌장 당사국들의 의도로부터 추론해 냈을 가능성을 보여주기 때문이다.<sup>665)</sup>

특별보고관은 객관적 법인격을 창설할 수 있는 조약 당사국들의 권한도 중요한 문제로 다룬다. 상기 *Reparations* 사건에서 ICJ는 UN헌장의 당사국들이 ‘국제공동체의 대다수를 대표’ 한다는 사실로부터 이러한 권한을 이끌어 냈다. Waldock 특별보고관은 ICJ가 국제기구에 대한 법인격 부여를 국제적 처분의 특수한 사례로 취급하면서 국제공동체의 대다수에게 처분 권한을 인정한 것이라고 평가한다.<sup>666)</sup>

---

661) Ibid, p. 33, para. 20.

662) Ibid.

663) Ibid, p. 31, para. 14.

664) *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 185.

665) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 31, para. 14.

다섯째, 영토할양조약 및 국경조약. 특별보고관은 이 경우도 객관적 체제 설정 조약이 아니라고 보았다. 주목할 점은 특별보고관이 조약 자체의 객관적 효력과 조약 적용 결과의 객관적 효력을 엄격히 구분했다는 사실이다. 영토할양조약 및 국경조약이 체결됨으로써 당사국 간 영토의 경계가 변동된다면, 이는 비당사국들에게도 일정한 영향을 미친다. 그러나 비당사국들을 구속하는 것은 조약의 적용으로 변경된 사실관계, 즉 국경의 변경이지 조약 그 자체가 아니다. 특별보고관은 조약의 적용 결과가 비당사국들에 미치는 효력을 조약 자체가 비당사국들에게 미치는 효력과 구별하면서, 이를 조약의 ‘처분적 효력’이라고 부른다.<sup>667)</sup> 특별보고관은 또한 영토할양조약 및 국경조약의 목적은 당사국 간 특별한 이해관계의 규율에 있으므로, 당사국들이 대세적 효력을 갖는 객관적 체제를 설정할 의도가 없다고 보았다.<sup>668)</sup>

Waldock 특별보고관이 객관적 체제 설정 조약에서 제일 중요하게 본 개념 요소는 ① 조약 당사국들의 의도와 ② 영토적 권한이다.<sup>669)</sup> 영토주권국이 존재하지 않는 경우, 즉 일국의 배타적 관할권 이원에 위치하는 영역에도 객관적 체제를 설정할 수 있는가? Waldock 특별보고관은 이 경우를 제63조의 범위에서 제외한다고 밝혔다.<sup>670)</sup> 공해, 우주공간 등에 관한 조약에는 제63조 1항이 적용되지 않는다는 것이다.<sup>671)</sup> 특별보고관은 주권국이 존재하지 않는 영역에 대한 규율은 ‘객관적 체제 설정 조

666) Ibid.

667) Ibid, p. 32, para. 15.

668) Ibid.

669) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, pp. 32-33, para. 18.

670) Ibid, p. 33, para. 18.

671) Ibid, para. 19. 특별보고관의 이러한 설명은 이후 많은 학자들의 견해에 영향을 미쳤다. 이를 인용하면서 공해 및 심해저의 이용에 관한 조약이 객관적 체제 설정 조약으로 논의될 가능성을 아예 차단해 버리는 경우가 많다. Rayfuse, *supra* note 5, p. 259; S. Vacianne, 'Part XI of the Law of the Sea Convention and Third States: Some General Observations', *Cambridge Law Journal*, Vol. 48, Issue 1 (1989), p. 90; Jacobsson & Klabbers, *supra* note 558, p. 326; Proelss, 'Article 34. General Rule Regarding Third States', *supra* note 2, p. 642. 객관적 체제 설정 조약에 관한 대표적 저서를 썼던 Klein 역시 조약 당사국들의 영토적 관할권을 중요한 요소로 다룬다. Klein, *supra* note 16, p. 23.

약’ 이 아닌 ‘입법적 조약’ 이라고 보았다.<sup>672)</sup> 양자의 가장 큰 차이점은 조약 당사국이 조약의 대상에 관해 비당사국들에 우선하는 권한을 가지는지 여부에 있다. 입법적 조약의 경우, 당사국과 비당사국 모두 조약의 대상에 관해 동등한 권한을 가진다. 따라서 입법적 조약은 조약 자체로서 대세적 효력을 갖지 못하며, 그 내용이 관습법화됨으로써 비로소 대세적 효력을 갖게 된다.<sup>673)</sup>

Waldock 특별보고관은 객관적 체제 설정 조약 개념을 인정함으로써 조약의 상대효 원칙의 예외를 보다 넓게 인정하려 하면서도, 한편으로는 동 개념의 적용 범위를 제한하려고 했다. 그 당시 국제사회에서는 대세적 의무나 강행규범 등 공동체적 규범이 보편적으로 인정되지 못했다. 대세적 의무 개념을 인정한 대표적인 판례인 *Barcelona Traction* 본안 판결<sup>674)</sup>도 비엔나 조약법협약 채택 이후인 1970년에 내려졌다. 당시만 해도 국가 주권의 절대성이 강조되던 시기였다. 국제사회의 이런 분위기 속에서 조약 자체가 대세적 효력을 갖는다는 객관적 체제 설정 조약 개념을 적극적으로 주장하긴 어려웠을 것이다.

그럼에도 불구하고 여전히 의문점은 남는다. 특별보고관이 제63조의 핵심 모델로 삼았던 남극조약의 경우는 어떻게 설명할 것인가? 남극은 ‘배타적 관할권 하에 있지 않은 영역’<sup>675)</sup>의 대표적 사례이다. 이 점에서 특별보고관이 제63조의 적용 범위에서 배제시켰던 공해 및 우주공간과 크게 다르지 않다. 특별보고관은 다음과 같이 반론할 것이다. ‘당시 남극에 대해 영토 주권을 주장하던 모든 국가들이 남극조약 당사국에 포함되었다.’<sup>676)</sup> 즉 남극에 대해 직접적 이해관계를 가졌던 국가들이 당사국에 포함되었다는 것이다. 그렇다면, 공해 및 우주공간의 경우에도 이와 마찬가지로 직접적 이해관계를 갖는 국가들을 조약 당사국에 포함시킨다면 문제가 해결될 것이다. 이처럼 남극과 기타 배타적 관할권 이

672) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 33, para. 19.

673) Ibid, paras. 18-19.

674) *Barcelona Traction, Light and power Company, Limited*, Judgment: I.C.J. Reports 1970, p. 32.

675) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 33, para. 18.

676) Ibid, p. 30, para. 11.



원의 영역을 엄격히 구분해야 할 결정적인 이유는 존재하지 않는다.

객관적 체제 설정 조약 개념은 오히려 국내 관할권 이원에 위치한 국제적 공유지의 이용관계 규율과 관련해서 더욱 중요한 의미를 가진다.<sup>677)</sup> 국가들이 자신의 관할 지역에 관한 조약을 체결하는 것은 일반적 조약 개념으로 충분히 설명 가능하며, 이를 위해 굳이 객관적 체제 설정 조약이라는 특별한 개념을 도입할 필요는 없다.<sup>678)</sup> 그러나 국가들이 국내 관할권 이원에 위치한 영역의 이용관계를 규율하기 위해 체결하는 조약은 기존 조약 개념으로 설명하기 어렵다. 여러 학자들은 객관적 체제 설정 조약이 국제 공유지 이용 관계를 효과적으로 규제할 수단이 될 수 있을 것으로 평가한다.<sup>679)</sup>

Waldock 특별보고관은 초안 제63조를 ‘진보적이며 미래에 반드시 필

---

677) 국제법위원회 회의에서 Parades 위원 역시 우주 공간 등 가까운 장래에 중요하게 다뤄질 문제들이 제63조의 범위에서 제외된 것에 대해 유감을 표했다. 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 97, para. 36. 객관적 체제 설정 조약의 적용 범위를 남극, 우주, 달, 공해 및 심해저 등에 걸친 것으로 넓게 보는 학자도 있다. A. Zimmermann, *Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge* (Berlin; New York: Springer, 2000), pp. 524-528.

678) 또는 ‘국제지역권’ 개념으로도 설명 가능하다. (국제지역권 개념의 구체적 설명에 관해서는 본 논문 제4장 2절을 참고할 것.) Waldock 특별보고관의 객관적 체제 개념은 국제지역권과 유사한 측면이 많다. 대표적 공통점으로 국가가 자신의 관할권 하에 있는 영역을 다른 국가의 사용에 개방한다는 것을 꼽을 수 있다. 추측컨대 특별보고관은 객관적 체제를 조약법상 국제지역권 개념에 대응하는 것으로 의도했을 가능성이 있다. 국제지역권은 국가 승계와 관련하여 주로 다뤄진다. Waldock 특별보고관은 국가 승계에 관한 국제법위원회 작업이 동시에 진행되고 있던 고로, 국가 승계의 맥락에서 조약과 제3국 문제는 조약법 작업에서 다루지 않겠다고 밝혔다. (Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 7, para. 6.) 이에 따라 국제지역권 개념이 조약법 작업에서 제외되고, 이를 대체하기 위한 개념으로서 ‘객관적 체제’가 고안되었을 수 있다. 1964년 국제법위원회 회의에서 Rosenne 위원도 ‘객관적 체제’라는 표현이 영속적 성질을 가진 체제로 오해될 수 있음을 지적했다. 영속적 성질은 국제지역권의 핵심 요소이다. Rosenne 위원은 객관적 체제가 국제지역권과 동일한 것으로 이해되어서는 안 된다고 지적한 것으로 보인다. 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, pp. 103-104, para. 55.

679) Barnes, *supra* note 16, pp. 106-121; H. Mosler, ‘The International Society as a Legal Community’, *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 140 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1974), pp. 250-255; S. Subedi, ‘Doctrine of Objective Regimes in International Law and Competence of the United Nations to Impose Territorial or Peace Settlements on States’, *German Yearbook of International Law*, Vol. 37 (1994), pp. 183-185; Fitzmaurice, ‘Third Parties and the Law of Treaties’, *supra* note 281, pp. 109-136.

요한’ 법규범으로 평가했다.<sup>680)</sup> 그러나 객관적 체제 설정 조약 개념 논의가 최초로 공식화되었던 1960년대와 비교했을 때, 오늘날 국제사회는 여러 가지 측면에서 크게 변화되었다. 대세적 의무와 강행규범 등 공동체적 규범의 지위가 비교적 공고해졌으며, 국제적 차원에서 국제공유지의 이용관계를 규제해야 할 필요성이 높아졌다. Waldock 초안 제63조는 조약이 그 자체로서 대세적 효력을 가질 수 있음을 인정했다는 점에서 중요한 의의가 있다. 이러한 취지 자체는 계승하되, 초안 제63조의 구체적인 내용은 변화된 오늘날 국제사회의 현실에 맞춰서 새롭게 재해석되어야 할 것이다.

## (2) 국제법위원회 회의

Waldock 특별보고관의 예상대로<sup>681)</sup> 제63조는 국제법위원회 내에서 커다란 논쟁을 불러왔다. 많은 논란 끝에 위원회는 결국 제63조를 삭제하기로 결정했다.<sup>682)</sup> 비엔나 조약법협약 주석은 다음과 같이 설명한다. ‘조약에 의해 곧바로 객관적 체제를 설정할 수 있다는 규칙은 일반적으로 수락되기 어려웠기 때문에 위원회는 조약법협약을 기초하면서 이 문제를 제쳐 두기로 했다.’<sup>683)</sup> 국제법위원회는 구체적으로 어떤 이유에서 Waldock 초안 제63조를 삭제했는가? 이를 살펴보는 것은 본 논문에서 가장 중요한 작업 중 하나이다.

Waldock 특별보고관은 제63조를 기초할 당시에 조약의 상대효 원칙에 대한 예외가 존재하는지에 대해 완벽히 결론을 내리지 못하고 있었다.<sup>684)</sup> 그는 상대효 원칙에 대한 유일한 예외로서 *stipulation pour autrui* 만 인정하고, 나머지는 관습국제법 등 조약법 외의 분야로 다룰 것을 구상하기도 했다.<sup>685)</sup> 당시 국가들이 자동적으로 구속력을 발생하는 조약

680) Ibid, p. 97, para. 32.

681) Ibid.

682) Ibid, p. 109, para. 38.

683) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 231, para. 4.

684) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 32, para. 17.

685) Ibid.

개념을 결코 환영하지 않을 것이라는 사실도 이에 한몫했다.<sup>686)</sup> 따라서 국제법위원회에서 초안 제63조가 채택될 경우를 대비해 특별보고관은 동 조에서 다뤄진 사안들을 제62조에서 대신 다룰 수도 있다고 보았다.<sup>687)</sup>

많은 위원들은 후자의 접근법을 더 선호했다. 그 이유는 총 세 가지 정도로 정리된다. ① 객관적 체제 설정 조약은 순수한 의미에서의 조약 법적 문제가 아니다. El-Erian 위원은 조약법협약은 오로지 조약법에만 관련되는 내용으로 구성되어야 한다고 보았다.<sup>688)</sup> 그는 객관적 체제 설정 조약이 조약법뿐만 아니라 국제관습, 묵시적 동의, 물권, 국가들의 승인 등 다른 국제법 분야와 밀접히 관련되므로 조약법협약에서 제외되어야 한다고 주장했다.<sup>689)</sup> Ruda 위원도 이에 동의했다.<sup>690)</sup>

Tsuruoka 위원도 제63조를 처음 접했을 당시에는 조약법협약의 범위 내에 속하지 않는다고 판단했다.<sup>691)</sup> 그는 객관적 체제가 조약법적 사항이 아니며, 이러한 문제들은 대부분 UN 내에서 해결될 것이라고 보았다.<sup>692)</sup> 그러나 남극조약의 경우처럼 UN 체제 밖에서 해결되는 문제도 분명히 존재하며, 제63조가 이러한 문제들의 해결에 기여한다면 이를 인정할 의의가 충분하다고 덧붙였다.<sup>693)</sup> 한편, De Aréchaga 위원은 객관적 체제 설정 조약상 제3국의 ‘일반적 의무’를 문제 삼았다. 그는 조약에 의해 창설된 법률관계 및 사실관계를 존중할 의무는 조약법상 의무가 아니며, 비개입 원칙으로부터 파생된 의무라고 보았다.<sup>694)</sup> Ago 위원은 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력은 조약 적용의 후속적 결과로서, 이는 조약법의 범위를 벗어난 문제라고 지적했다.<sup>695)</sup>

---

686) Ibid.

687) Ibid, p. 25, para. 20.

688) 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 98, para. 44.

689) Ibid, pp. 97-98, para. 41. Waldock 특별보고관은 제63조가 조약법의 범위를 벗어난 것이 아니라고 반박했다. Ibid, p. 99, para. 49.

690) 739th Meeting, ibid, p. 100, para. 9.

691) Ibid, para. 13.

692) Ibid.

693) Ibid, para. 14.

694) Ibid, para. 18.

695) 740th Meeting, ibid, p. 106, para. 9.

이와 관련해서 제63조와 제64조의 관계, 즉 객관적 체제 설정 조약과 관습국제법의 관계가 특히 문제되었다. Briggs위원은 객관적 체제가 물론 조약에 의해 처음 도입될 수도 있지만, 그 효력은 기본적으로 관습국제법에 근거한다고 보았다.<sup>696)</sup> 일반적으로 관습국제법이 아무런 가시적 규범 기준 없이 자연 발생적으로 만들어져 국제규범으로 자리 잡으려면 상당한 기간이 소요된다. 특별보고관은 국제법의 진보적 발전을 위해 이 과정에 소요되는 기간을 단축시키고자 제63조를 기초했다는 것이 Briggs위원의 설명이다.<sup>697)</sup>

반면, Rosenne 위원은 제63조와 제64조가 엄연히 구별된다고 보았다. 즉 국가들이 법적 이해관계에 따라 조약을 준수하는 것과 달리, 관습법은 법적 이해관계와 무관하게 준수된다. 그러므로 관습법과 조약은 본질적으로 다르다는 것이다.<sup>698)</sup> Waldock 특별보고관은 객관적 체제 설정 조약이 관습법과 달리 조약을 비교적 신속한 기간 내에 국제법질서 내로 편입시킬 수 있다는 점에서 특수성을 갖는다고 보았다.<sup>699)</sup> Tunkin 위원도 양자가 서로 구별된다는 점에 동의하면서, 제63조와 제64조를 함께 다뤄야 한다는 Verdross 위원의 의견<sup>700)</sup>에 반대했다.<sup>701)</sup>

② 객관적 체제 설정 조약도 결국 제3국의 동의에 근거한다는 점에서 제3자적 조약과 큰 차이가 없다. 제62조와 마찬가지로 제63조도 동의를 제3국이 조약에 구속되기 위한 필수 요소로 본다. 제63조 2항은 조약의 제3국이 객관적 체제에 대해 명시적 또는 묵시적 동의를 표시하면 동 체제를 수락한 것으로 본다고 규정한다.<sup>702)</sup> 제63조 4항에 따르면, 객관적 체제가 조약 당사국들에 의해 변경 및 폐지되는 경우, 객관적 체제를 이미 수락했던 제3국의 동의가 요구된다.<sup>703)</sup>

제62조와 비교했을 때 제63조만의 가장 두드러진 특징은 바로 제63조

---

696) Ibid, p. 103, para. 48.

697) Ibid.

698) Ibid, p. 104, para. 56.

699) Ibid, p. 105, para. 69.

700) 740th Meeting, ibid, p. 106, para. 4.

701) Ibid, p. 106, para. 5.

702) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, pp. 26-27.

703) Ibid, p. 27.

2항 (b)의 내용이다. 이에 따르면, UN에 등록된 객관적 체제 설정 조약에 대해 비당사국이 일정 기간 내 반대 의사를 표시하지 않는다면 동 체제를 묵시적으로 수락한 것으로 간주된다. De Luna 위원은 제63조 2항 (b)가 제62조와 비교했을 때 새롭게 추가된 내용이라고 설명한다.<sup>704)</sup> 그러나 Yasseen 위원은 동의의 표시 방식만 다른 것이며, 제63조가 제3국의 동의를 요구한다는 점은 변함없다고 지적했다.<sup>705)</sup>

Ruda 위원에 따르면, 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력은 다음 세 가지로 설명할 수 있다. 첫째, 조약이 준입법적 성질을 가질 수 있다. 둘째, 제3국이 관습법 체제에 구속되는 것일 수도 있다. 셋째, 제3국의 동의에 근거하여 권리의무가 주어질 수 있다.<sup>706)</sup> Ruda 위원은 Waldock 특별보고관이 세 번째 방식을 선택했다고 보았다. 따라서 제63조는 제62조의 특별한 경우에 불과하며 독자적 존재 의의가 없다고 결론지었다.<sup>707)</sup>

제63조에서 비당사국의 동의를 요구하는 것은 국제법상 기본 원칙에 불과할 뿐이라는 반론도 가능하다. De Luna 위원에 따르면, 제63조가 제62조와 마찬가지로 제3국의 동의에 근거하기에 국제법의 핵심 원칙인 주권평등에 반하지 않는다.<sup>708)</sup> Yasseen 위원도 제63조가 조약의 확장 적용 근거를 제3국의 동의에서 찾았다는 점에서 국제법의 기본 원칙에 부합한다고 보았다.<sup>709)</sup> Verdross 위원에 의하면, 제63조에서 제3국의 동의를 요구함으로써 국제법상 물권과 관련해서 제기되는 여러 문제들을 피할 수 있다.<sup>710)</sup> 또한 제63조는 제3국의 동의에 근거하기 때문에 비현실적일 정

704) 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 99, para. 5.

705) 740th Meeting, p. 107, para. 24. Cf 위원회 내에서 제63조 2항 (b)의 내용 자체에 대한 부정적 견해도 제기되었다. 위원회 De Aréchaga 위원은 제63조 2항 (b)가 비당사국 정부에 지나친 부담을 준다는 이유로 이를 삭제할 것을 요구했다. 739th Meeting, *ibid*, p. 101, para. 21. Tabibi 위원도 동일한 문제를 제기했다. *Ibid*, p. 104, para. 66. Yasseen 위원도 이는 조약 당사국에게 일방적으로 유리하다고 비판했다. *Ibid*, para. 25. Parades 위원도 이로 인해 자유 및 독립의 기본 원칙이 침해될 수 있다고 보았다. *Ibid*, p. 102, para. 41. Rosenne 위원은 조약이 UN에 등록된 이후 일반에 공개되기까지 상당한 시간이 걸릴 수 있다고 지적했다. *Ibid*, p. 104, para. 58.

706) 739th Meeting, *ibid*, p. 100, para. 11.

707) *Ibid*.

708) *Ibid*, pp. 99-100, para. 6.

709) *Ibid*, p. 101, para. 24.

도로 급진적인 발상은 아니라고 볼 수 있다.<sup>710)</sup>

③ 객관적 체제 설정 조약은 소수 열강에게 실질적 국제 입법권을 부여했던 구시대적 관행에 근거한 것으로서, 오늘날 국제사회에는 적합하지 않다. 객관적 체제 설정 조약이 19세기 유럽 열강에 의한 국제적 처분을 연상시킨다고 가장 먼저 지적한 위원은 De Luna이다. De Luna 위원은 원칙적으로는 제63조를 지지했으나,<sup>712)</sup> 어떤 범규범이 실제로 적용될 때 반드시 합리적 결과를 가져오는 것은 아니라고 지적했다.<sup>713)</sup> 그에 따르면, 과거 주권평등원칙이 제대로 지켜지지 못했던 시절에 ‘객관적 체제’는 강대국이 약소국에 대해 일방적으로 조건을 부과하는 수단으로 사용되었다. 따라서 국가들이 제63조를 열강들에 의한 실질적 입법행위를 승인한 것으로 오해할 소지가 있다고 보았다.<sup>714)</sup>

De Luna 위원의 지적은 제63조에 부정적 입장을 갖고 있었던 위원들에게 상당히 강력한 반대 근거를 제공했다. 그 중 한 명이었던 De Aréchaga 위원은 객관적 체제 설정 조약이 구시대적 관념을 부활시킬 것이라는 우려를 표했다.<sup>715)</sup> 제63조 2항 (b)에 따르면, 객관적 체제 설정 조약의 UN 등록 후 일정한 기간 내에 반대 의사를 표시하지 않는 국가들은 이를 묵시적으로 수락한 것으로 간주된다. 동 조약을 수락한 국가들은 조약상 일반적 의무에 구속된다(제63조 3항(a)). De Aréchaga 위원은 제63조 2항(b)와 3항 (a)를 합치면 특정 국가 집단이 국제사회 전반에 적용되는 일종의 입법적 권한을 갖는 결과가 발생할 수 있다고 보았다.<sup>716)</sup> 국제법위원회는 과거 국제적 처분과 같은 관행을 부활시키는 규칙을 허용해서는 안 된다고 그는 주장했다.<sup>717)</sup>

많은 위원들이 이러한 논리에 설득되었다. Yasseen 위원과 Parades 위원은 제63조가 구조상 소수 열강들에게 사실상 세계정부로서 입법권을

---

710) 738th Meeting, *ibid*, p. 99, para. 50.

711) *Ibid*.

712) *Ibid*, p. 100, para. 8.

713) *Ibid*, para. 7.

714) *Ibid*.

715) *Ibid*, p. 101, para. 22.

716) *Ibid*.

717) *Ibid*.

갖도록 허용하는 것으로 비취질 수 있다고 비판했다.<sup>718)</sup> 객관적 체제의 개념 자체에 우호적이었던 Castrén 위원도 제63조가 현실에 적용될 때 예상치 못한 여러 정치적 문제를 초래할 수 있다고 지적했다.<sup>719)</sup>

이를 가장 강력하게 주장한 사람은 Tunkin 위원이다. Tunkin 위원에 따르면, 제63조는 제62조와 달리 19세기의 관행만을 반영하고 있으며 현대 국제사회에 적합하지 않다.<sup>720)</sup> 일부 개도국 출신 위원들도 동조했다. 이들은 객관적 체제 설정 조약을 19세기 유럽 열강에 의한 국제적 처분과 동일시하면서 반감을 표출했다. Tabibi 위원은 Waldock 특별보고관이 주석에서 언급한 체제들이 자신의 출신지인 아프리카 지역에서 주권국가 의사 무시로 귀결되는 경우가 많았다고 지적했다.<sup>721)</sup> 19세기와 달리 오늘날 국제사회에서는 제63조가 받아들여지기 어려울 것이라고 그는 덧붙였다.<sup>722)</sup> Liu 위원도 비록 제63조가 제62조와 내용적으로 다르기는 하지만, 정치적 사례들과 관련되므로 삭제되어야 한다고 보았다.<sup>723)</sup>

몇몇 위원들은 반론을 제기했다. Rosenne 위원은 객관적 체제 설정 조약은 국제관행상 분명한 입지를 가지며, 현대 국제사회에서 실제로 필요한 개념이라고 보았다.<sup>724)</sup> 또한 어떤 조항이 정치적으로 타당한지 여부는 국가들이 판단할 문제이며, 국제법위원회의 역할은 실존하는 법규를 그대로 기술하는 것이라고 지적했다.<sup>725)</sup> Bartos 위원도 인접국들이 국제하천에 객관적 체제를 설정하는 국제하천법상 국가 관행이 Waldock 초안 제63조로 설명될 수 있다면서, 동조에 우호적인 입장을 내비쳤다.<sup>726)</sup>

Waldock 특별보고관은 초안 제63조가 19세기 관행에만 근거한다는 지적에 강하게 반발했다.<sup>727)</sup> 그는 주로 평화 관련 조약을 염두에 두고 제

---

718) Ibid, para. 2; Ibid, p. 102, para. 41.

719) Ibid, para. 29.

720) Ibid, p. 103, paras. 45-46.

721) Ibid, p. 104, para. 65.

722) Ibid.

723) Ibid, p. 105, para. 72.

724) 739th Meeting, p. 103, para. 54.

725) Ibid, p. 104, para. 62.

726) Ibid, p. 103, para. 53.

727) 특별보고관이 제739차 회의의 마지막에서 한 발언의 대부분은 이에 대한 반박이었다.

63조를 기초했다고 설명하면서, 통행권, 통항권 및 중립화 등에 관한 조약들은 19세기에만 국한된 관행이 아니라고 지적했다.<sup>728)</sup> 물론 UN이 국제 평화 관련 문제를 다룰 기관으로 예정되었지만, 종종 개별 국가의 차원에서 이러한 문제들이 해결되도록 맡겨지는 경우도 있다고 덧붙였다.<sup>729)</sup> 특별보고관은 또한 주석에서 과거의 사례들을 언급한 것은 단지 이해를 돕기 위한 것이었을 뿐이라고 반박했다.<sup>730)</sup> 그는 제63조가 오늘날의 현실에 적용 가능한 법규로 의도되었음을 누차 강조했다.<sup>731)</sup> 특별보고관은 어느 국가에게도 불리하지 않게끔 제63조상 문언을 재정비할 수 있다고 확신했다.<sup>732)</sup> 특별보고관의 반론을 들은 후, Tsuruoka 위원은 제63조가 현재 국제사회가 당면한 문제 해결에 도움이 될 수 있다면서 이를 무조건적으로 삭제하지 말도록 요청했다.<sup>733)</sup>

이상에서 살펴본 바와 같이, 국제법위원회 회의에서 Waldock 초안 제63조는 여러 가지 이유로 비판을 받았다. 한편으로는 이러한 비판에 대응하는 과정에서 제63조에 대한 특별보고관의 구상이 더욱 구체적으로 드러나게 되었다. 특별보고관은 객관적 체제 설정 조약을 제3자적 조약도 아니고 관습법도 아닌, 특수한 국제 입법 수단으로 의도했다. 그는 제63조에 대한 국제법위원회 회의에서 객관적 체제 조약을 ‘국제 입법의 영역을 건드리는 문제’로 소개했다.<sup>734)</sup> Waldock 특별보고관의 의도를 가장 잘 파악했던 위원은 Rosenne이다. 그는 제63조가 제62조 및 제64조와 분명히 구별되는 것으로서<sup>735)</sup> 입법적 조약 및 국제입법의 개념과 관련된다고 설명한다.<sup>736)</sup> Rosenne 위원은 이러한 국제적 입법 체제의 도입을 긍정적으로 평가했다.<sup>737)</sup>

---

728) Ibid, p. 105, para. 68.

729) Ibid.

730) Ibid, para. 70.

731) Ibid; Ibid, para. 75.

732) Ibid, para. 70.

733) Ibid, p. 105, para. 76.

734) 738th Meeting, *ibid*, p. 96, para. 29.

735) 739th Meeting, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. I, p. 104, paras. 55-56.

736) Ibid, para. 61.

737) Ibid.



국제법위원회 회의 내용에서는 객관적 체제 설정 조약의 개념 자체에 대한 비판보다는 제63조의 기술 방식에 대한 비판이 주를 이룬다. Waldock 특별보고관<sup>738)</sup>과 Tsuruoka 위원<sup>739)</sup>이 제63조를 삭제하지 말고 다시 기초하자고 제안한 것도 바로 이러한 이유 때문이었던 듯하다. 국제법위원회가 UN총회에서 제시한 조약법 초안은 위원회가 대세적 효력을 갖는 조약 개념 자체를 부정적으로 보지 않았다는 사실을 잘 보여준다. 1962년 국제법위원회는 조약법 제1부의 초안을 마련했다. 위원회의 초안 제1조 1항 (c)는 ‘일반적 다자조약(*general multilateral treaty*)’이라는 개념을 제시한다. 위원회에 따르면, 일반적 다자조약이란 ‘국제법상 일반적 규범 또는 모든 국가의 공익에 관한 사안을 다루는 다자조약’이다.<sup>740)</sup> Waldock 초안 제63조 1항에 따르면, 객관적 체제 설정 조약은 ‘당사국들이 공공의 이익에 따라 일반적 의무 또는 권리의 창설을 의도한’ 조약이다.<sup>741)</sup> 양자는 국제공동체 전체에 적용되며 모든 국가의 공익을 규율한다는 점에서 상당히 유사하다.

물론, 이상에서 살펴보았듯이 객관적 체제 설정 조약 개념이 19세기 강대국들의 국제적 처분을 연상시킨다며 불편함을 표시하는 위원들도 있었다. 그렇다면 객관적 체제 설정 조약은 과연 약소국에게 일방적으로 불리하기만 한 개념인가? 이와 관련해서 다음 두 가지 점을 생각해 볼 필요가 있다. 첫째, 경우에 따라서는 조약의 상대효 원칙 준수를 엄격하게 준수함으로써 오히려 약소국에 불리한 결과가 초래될 수도 있다. 강대국들이 참가하기 거부하는 약소국 중심의 조약 체제의 경우가 특히 그러하다.<sup>742)</sup> 대표적인 사례로 1982년 UN 해양법협약상 ‘인류의 공동 유산’ 관념을 들 수 있다. 미국 등 적지 않은 국가들은 심해저와 그 자원을 인류의 공동 유산으로 정한 UN해양법협약 제11부의 내용에 반발하여

738) Ibid, p. 105, para. 70.

739) Ibid, para. 76.

740) 제1조 1항 (c)의 원문은 다음과 같다. “‘General multilateral treaty’ means a multilateral treaty which concerns general norms of international law or deals with matters of general interest to States as a whole.” Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, p. 161.

741) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 26.

742) Chinkin, *supra* note 152, pp. 143-144.

최종적으로 협약 비준을 거부했다. 심해저가 ‘인류의 공동 유산’의 법적 지위를 갖는다는 관습국제법은 아직 확립되지 않았다. 전통적인 국제법원(法源)의 관점에서는 UN해양법협약의 당사국이 아닌 이들 국가가 자의적으로 심해저의 자원을 채취하고 심해저의 생태계를 훼손하는 것을 현실적으로 막을 방법이 없다.

두 번째로, 1960년대 후반부터 대세적 효력을 갖는 조약 개념에 대한 개발도상국들의 입장이 긍정적으로 바뀌기 시작했다. 여러 국제적 차원의 문제들에 대응하는 과정에 있어 개발도상국들의 활약이 두드러지기 시작했다. 1960년대 후반에 들어서서 영해 이원의 해역, 심해저, 상공 등에 국제적 규율 체제를 수립해야 한다는 주장은 대부분 제3세계 국가들에 의해 제기되었다.<sup>743)</sup> 예컨대, 1971년 12월 16일 UN총회에서 인도양을 평화지대로 선언<sup>744)</sup>한 배경에는 이를 제26차 UN총회 공식 의제로 다뤄 달라는 실론과 탄자니아의 요청<sup>745)</sup>이 있었다. 몰타의 Pardo 대사가 심해저를 인류의 공동 유산으로 선언해야 한다고 주장함으로써<sup>746)</sup> UN총회에서 이 문제를 검토하기 위한 특별위원회가 구성되었다.<sup>747)</sup> 물론 대세적 효력을 갖는 조약 개념은 과거 강대국에 의해 정치적으로 남용된 경우도 적지 않았다. 그러나 De Luna 위원이 지적한 것처럼, 과거 정치적 남용 사례가 있다고 해서 해당 규정 자체를 거부하는 것은 타당하지 않다.<sup>748)</sup> Waldock 특별보고관도 이에 동의하면서 오히려 새로운 시대가 도래하였기에 해당 규정이 새롭게 활용될 수 있다고 보았다.<sup>749)</sup> 그러므로 Waldock 초안 제63조상 객관적 체제 설정 조약 개념을 계속 무조건으로 배척할 것이 아니라, 변화된 국제사회의 현실 속에서 새로운 국제적 규율 수단으로 이용될 가능성을 모색할 필요가 있다.

743) Subedi, *supra* note 679, pp. 171-172.

744) UN Doc. A/RES/2832 (XXVI) (1971).

745) UN Doc. A/8492 and Add. 1 (1971).

746) UN Doc. A/6695 (1967).

747) UN Doc. A/RES/2340 (XXII); United Nations General Assembly 22nd session Official Records : First Committee, 1515th Meeting; *ibid*, First Committee, 1516th Meeting (1967).

748) 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 96, para. 18.

749) *Ibid*, para. 26.

## 제 4 장 객관적 체제 설정 조약

### 제 1 절 정의 및 성립 요건

앞서 제3장에서는 조약이 비당사국들에게도 일정한 법적 효력을 미치는 현상에 대해 살펴보았다. 조약법의 성문화 과정에서는 이러한 대세적 효력을 갖는 조약의 특수성이 일부 인정되었으나, 이를 규율하는 독자적 조항은 채택되지 못했다. 1969년 비엔나 조약법협약 주석은 대세적 효력을 갖는 조약의 문제가 협약 제36조 및 제38조에 의해 규율된다고 설명한다.<sup>750)</sup> 제3국에 의무 또는 권리를 부여하는 조약 개념과 조약 규정의 관습국제법화, 이 두 가지만으로 조약의 모든 제3자적 효력 현상을 설명할 수 있는가? 제3국에 의무 또는 권리를 발생시키는 조약, 즉 제3자적 조약은 당사국들이 특정 비당사국과 별도의 합의로서 의무 및 권리를 발생시키는 경우를 지칭한다. 조약 규정의 관습국제법화란, 일부 조약 규정이 비당사국들에 의해서도 준수되어 관습국제법으로 발전하는 경우를 의미한다. 물론 이때 비당사국들을 구속하는 것은 조약 규정 자체가 아니라 관습국제법이라는 점에 유의해야 한다.

제3자적 조약과 조약의 관습국제법화는 모두 특정한 권리 또는 의무와 관련된다. 즉 제3국에 대해 특정한 권리 또는 특정한 의무를 발생시킨다. 그러나 단일한 권리 및 의무 외에도, 조약은 여러 가지 권리와 의무의 복합체인 법체제(legal regime) 또는 법적 실체(legal entity)를 창설할 수 있다.<sup>751)</sup> 예를 들면, 1959년 남극조약은 남극에 대한 주권 주장의 동결, 남극의 평화적 이용 의무, 자유로운 과학 조사의 권리 등 남극의 이용에 관한 다양한 권리와 의무가 복합된 법체제를 설정한다. 한편, UN헌장은 UN이라는 새로운 법적 실체를 창설했다. 이러한 법체제 및 법적 실체는 조약 비당사국에 대해 일정한 효력을 미친다. 비당사국들의 기존 국제법상 권리의무를 저해하지 않는 이상, 비당사국들이 이를 존중할 것

750) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 231, para. 4.

751) See Klabbers, *International Law*, *supra* note 12, p. 57.

이 일반적으로 기대된다.<sup>752)</sup>

제3자적 조약과 관습국제법의 효력은 제3국의 동의가 있어야만 발생하며, 제3국은 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있다. 반면, 법체제 및 법적 실체를 창설하는 조약의 경우는 조금 다르다. 물론 이 경우도 ‘조약’의 형식을 취하고 있으므로, 제3국에 완전한 법적 효력을 발생시키기 위해서는 그 국가의 동의가 요구된다. 1969년 비엔나 조약법협약 제34조는 제3국의 동의 없이 조약이 의무 또는 권리를 창설할 수 없다고 규정한다. 그러나 제3국이 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있는지 여부에 있어서는 일반적 조약과 차이가 있다. 즉 법체제 및 법적 실체 창설 조약은 제3국의 동의 여부가 그 국가의 재량에 온전히 맡겨지지 않는다. 조약이 규율하는 대상 및 조약의 목적상 제3국의 협력이 반드시 요구되기 때문이다.

조약의 대상 및 목적상 제3국의 협력이 반드시 요구된다는 것은 어떤 의미인가? McNair는 일부 조약들이 갖는 대세적 효력은 그 조약의 ‘특수한 법적 성질’에서 비롯된다고 설명한다.<sup>753)</sup> McNair에 따르면, 조약의 특수한 법적 성질에는 다음 두 가지 유형이 있다. ① 조약상 거래관계의 ‘처분적(dispositive)’ 또는 ‘물적(real)’ 성질. ② 조약상 합의에 특별한 이해관계를 가진 국가들의 ‘준입법적(semi-legislative)’ 권한.<sup>754)</sup> 여기에 한 가지가 더 추가되어야 한다. ③ 조약 규정의 국제공익적 목적. 국제 공동체의 공익 보호 목적을 가진 조약은 당사국만 구속하는 계약으로서의 성격을 갖지 않으며, 대세적 효력을 가진다.<sup>755)</sup>

이처럼 조약의 대상 및 목적이 영토의 처분에 관계되거나, 특별이해관계국들에게 일종의 입법권이 인정되는 사안이거나, 국제공익의 보호와 관련되는 경우, 제3국의 협력이 반드시 필요하다. 제3국의 협력 없이는

---

752) Ibid.

753) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, p. 255.

754) Ibid.

755) See J. Klabbers, 'The Community Interest in the Law of Treaties: Ambivalent Conceptions', in U. Fastenrath *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 769.

조약의 대상 및 목적이 지켜질 수 없기 때문이다. 따라서 이러한 조약들에 대해 제3국이 갖는 동의의 재량은 영(零)으로 수축한다. 즉 제3국이 동의할 것이 일반적으로 기대된다.

사실 이러한 세 가지 유형들은 서로 엄격히 구분되는 별개의 것이 아니다. 영토를 처분하는 조약은 이에 대해 특별한 이해관계를 가진 국가들, 즉 준입법적 권한을 가진 국가들이 체결할 수 있다. 처분적 조약, 또는 준입법적 조약의 대세적 효력이 인정되는 이유는 국제공익의 보호와 밀접한 관련이 있기 때문이다. 예컨대 국경조약의 대세적 효력은 국제질서의 안정을 위해 인정된다. 조약상 거래관계의 처분적 성질과, 특별한 이해관계국들의 입법적 권한, 조약 규정의 국제공익적 성격은 하나의 개념에 대한 서로 다른 세 가지 면모일 뿐이다. 이 개념은 바로 ‘특정 영역에 법체제 또는 법적 지위를 설정하는 조약’이다.

특정 영역에 법체제 또는 법적 지위를 설정하는 조약은 일반적인 조약과 성격을 달리한다. 일반적인 조약이 국가간 인적 권리의무를 설정하는 것인 반면, 이러한 조약은 특정 지역에 관한 물적 권리의무를 설정한다. 또한 일반적인 조약은 당사국 간 이해관계, 즉 사익 수호를 목적으로 하는 반면, 이러한 조약은 국제사회 전반의 이익, 즉 공익 수호를 목적으로 한다. 즉 이러한 조약들은 국제질서의 일부를 형성하려는 목적을 가지고 있으며, 일반 조약과 국제 입법의 중간적 성격을 가진다.

이처럼 특정 영역에 법체제 또는 법적 지위를 설정하는 조약은 일반 조약과 구별되는 특수한 조약으로 취급해야 한다. 적지 않은 학자들은 이러한 조약들에 특별한 명칭을 부여하고 조약과 제3국의 관계에 있어 특별한 사례로 다룬다. 물론 학자들마다 이를 지칭하는 표현은 조금씩 다르다. ‘객관적 체제를 설정하는 조약(Treaties providing for objective regimes)’, ‘대세적으로 유효한(주장 가능한) 지위 및 체제를 설정하는 조약’<sup>756)</sup>, ‘지위조약(Statusverträge)’<sup>757)</sup>, ‘객관적 상황을 창설하는 조

756) Aust, *supra* note 401, p. 228.

757) See e.g. Klein, *supra* note 16, p. 1; G. Dahm, J. Delbrück & R. Wolfrum, *Völkerrecht: Begründet von Georg Dahm*, Bd. 1(1) (Berlin; New York: W. de Gruyter, 1988), p. 53.

약(Les traités qui créent une situation objective)<sup>758</sup>, ‘객관적 지위 설정 조약(Les traités établissant un statut objectif)’<sup>759</sup>, ‘일반적 중요성을 지닌 조약(Les traités d’importance générale)’<sup>760</sup>, ‘처분적 조약(dispositive treaties)’ 또는 ‘준입법적 조약(semi-legislative treaties)’<sup>761</sup> 등이 있다.

한편, 국제 판례도 이와 같이 특수한 성격을 갖는 조약의 존재를 인정한다. Åland Islands 사건에서 국제법률가위원회는 Åland 섬을 비무장화하는 조약을 다음과 같이 설명한다. ‘강대국들은 (...) 특히 평화 조약 체결 시 진정한 객관적 법규범, 즉 조약 당사국들의 범위를 넘어서 효력을 미치는 실질적인 정치적 지위를 설정하려고 시도했다.’<sup>762</sup>

*Reparations* 사건에서는 UN이 비회원국을 상대로 손해배상청구소송을 제기할 수 있는지 문제되었다. UN은 회원국에 대해서만 국제법상 행위능력을 갖는가? ICJ는 다음과 같은 권고적 의견을 표명했다. ‘국제공동체의 대다수를 대표하는 50여개 국가는 국제법에 따라 객관적 국제법인격을 가진 실체를 탄생시킬 권한이 있다.’<sup>763</sup>

Gabčíkovo-Nagymaros 사건에서 ICJ는 1977년 부다페스트 협정에 대해 다음과 같이 설명했다. ‘동 협정은 (...) 국제수로의 중요 부분에 항행체제(navigational régime)를 설정했다. 이를 통해 다뉴브 강의 다른 이용자들이 갖는 이해관계에 영향을 미치는 피치 못한 상황이 창설되었다.’<sup>764</sup> 여기서 ‘상황이 창설되었다(created a situation)’이라는 표현은

758) See e.g. Rousseau, *supra* note 281, p. 192.

759) See e.g. Cahier, *supra* note 19, p. 660.

760) See e.g. M. Lachs, ‘Le Développement et Les Fonctions des Traités Multilatéraux’, *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 92 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1957), p. 315.

761) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, pp. 255-271.

762) ‘Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Åland Islands Question’, *League of Nations Official Journal*, Special Supplement No. 3 (1920), p. 17.

763) *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 185.

764) *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, pp. 71-72, para. 123.

조약에 의한 객관적 상황의 창설이라고 해석된다. ICJ에 따르면, 1977년 협정은 제3국의 이해관계가 걸린 사안임을 명시적으로 인정했다.<sup>765)</sup> ICJ는 1977년 협정이 처분적 조약, 즉 객관적 체제 설정 조약이라는 슬로바키아 측 주장을 긍정적으로 검토했다.

객관적 체제 개념과 관련해서 *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* 사건에도 주목할 필요가 있다. 엘살바도르는 1917년 미주사법재판소의 판결에 근거하여 폰세카 만에 ‘객관적 법체제(objective legal regime)’가 설정되었다고 주장했다.<sup>766)</sup> 물론 미주사법재판소의 판결이 처음에는 소송당사자인 니카라과와 엘살바도르에 대해서만 구속력을 가졌음은 분명하다. 그러나 판결에 의해 설정된 법적 지위는 시간이 경과됨에 따라 강화되어 제3국에도 영향을 미치게 되었다.<sup>767)</sup> 엘살바도르에 따르면, 판결에 근거하여 설정된 객관적 법체제는 특히 해양강국을 포함하는 제3국의 묵인 또는 명시적 승인에 의존한다.<sup>768)</sup>

흥미롭게도, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* 판결 자체가 제3국인 니카라과에 구속력을 미치는지도 문제되었다. ICJ는 니카라과에게 비당사자로서 소송참가(intervention)를 허용했다.<sup>769)</sup> ICJ 규정 제59조에 따르면, ICJ의 결정은 당사자 간에만 구속력을 가진다. 따라서 ICJ는 본안판결이 비당사자인 니카라과를 구속하지 않는다고 판단했다.<sup>770)</sup> 그러나 Oda 재판관은 폰세카 만의 해양 영역의 법적 상황과 관련되는 이상 비당사국 참가자인 니카라과는 본 판결에 당연히 구속된다고 보았다.<sup>771)</sup> 비록 ICJ 본안판결이 당사국에만 구속력을 미침이 원칙이나, 일정한 영역에 법적 지위를 설정하는 것이라면 그 영역에 이해관계를 갖는

---

765) Ibid, p. 72, para. 123.

766) *Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, Memorial of the Republic of El Salvador (1 June 1988), para. 13.2.

767) Ibid.

768) Ibid, para. 13.3.

769) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990, pp. 135-136, para. 102.

770) *Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 609, para. 421.

771) Ibid, Declaration of Judge Oda, p. 620.

비당사국에도 당연히 구속력을 미친다. 예컨대, ICJ 판결이 폰세카 만에 ‘역사적 만(historic bay)’라는 법적 지위를 부여한다면, 소송 당사자인 엘살바도르와 온두라스에게만 폰세카 만이 ‘역사적 만’인 것은 아니다. 모든 국가들에게 폰세카 만은 ‘역사적 만’이 된다. 이 점에서 ICJ 판결이 폰세카 만에 설정한 법적 지위는 객관적 성격을 가진다.

이처럼 국제법 학계와 국제 판례는 법체제 또는 법적 지위를 설정하는 조약에 특별한 효력을 인정하려는 움직임을 보인다. 이하에서는 이러한 조약들을 Waldock 특별보고관의 표현을 참고하여 ‘객관적 체제 설정 조약(treaties establishing objective regimes)’이라고 부르기로 한다. 동 조약이 창설하는 법체제 또는 법적 지위는 ‘객관적 체제’에 해당한다.

객관적 체제가 설정되는 대상 영역은 어느 한 국가의 배타적 관할권 하에 놓인 지역일 수도 있고, 여러 국가가 공동으로 관할하는 지역일 수도 있고, 누가 관할권을 가지는지 불분명한 지역일 수도 있다. 그러나 해당 영역을 누가 관할하는지는 중요한 문제가 아니다. 객관적 체제가 설정되는 영역은 일반적으로 다른 국가의 사용에 개방되며, 그 사용조건은 객관적 체제 설정 조약에 의해 정해진다. 즉 이 영역은 일종의 국제적 관리 하에 놓이게 되는 것이다. 이 점에서 객관적 체제가 설정되는 지역은 자유시 또는 자유지구와 유사하다. 자유시·자유지구의 사례로는 1815년 비엔나 회의(Congress of Vienna)로 창설된 크라쿠프 자유시(Free City of Cracow), 1919년 베르사유 조약으로 창설된 단치히 자유시(Free City of Danzig), 1947년 이탈리아 강화조약으로 창설된 트리에스테 자유지구(Free Territory of Trieste) 등이 있다. 이처럼 일국의 주권이 미치는 범위에서 분리되어 국제적 관리 하에 놓이게 된 지역을 Ydit는 ‘국제적 관리대상지역(internationalized territory)’로 지칭한다.<sup>772)</sup>

객관적 체제의 개념 요소를 정리하면 다음과 같다.<sup>773)</sup> ① 조약 당사국

772) M. Ydit, *Internationalised Territories* (Leyden: A.W. Sythoff, 1961), pp. 11-21, 319-323. 이 개념에 대한 비판적 분석으로는 다음을 참고. R. Wilde, *International Territorial Administration* (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 101-102.

773) 여러 학자들이 객관적 체제의 개념 요소를 제시하였지만, 여기서는 Barnes의 개념 요소를 주로 참고함. Barnes, *supra* note 16, pp. 131- 144; Klein, *supra* note 16, pp. 351-352; Mosler, *supra* note 679, p. 236.



들이 객관적 체제를 설정하려는 의도를 가져야 한다. ② 조약으로 설정된 객관적 체제는 특정 영역의 법적 지위를 규율하는 것이어야 한다. ③ 조약 당사국들에게 객관적 체제를 설정할 수 있는 법적 권한이 인정되어야 한다. ④ 객관적 체제는 국제공익, 즉 국제공동체의 이익을 위한 것이어야 한다.

1997년 제21차 남극조약 협의 당사국 회의에서 영국은 객관적 체제의 네 가지 성립 요소를 제시했다. ① 직접적인 이해당사국들이 모든 국가에게 유효한 체제(regime)를 설정하려는 의도를 가져야 하며, ② 충분히 구체적인 대상이 있어야 하고, ③ 동 체제의 존재에 대해 국제공동체가 공동의 이익(general interest)을 가지며, ④ 동 체제가 객관적 성격을 갖는다는 점이 일반적으로 인정되어야(general acceptance) 한다.<sup>774)</sup> 물론 이러한 조건들을 모두 충족하기란 쉬운 일이 아니다. 영국은 객관적 체제에 가장 근접한 후보로 남극조약체제를 꼽았다.<sup>775)</sup> 그 이유는 다음과 같다. 우선, 남극조약체제의 규율 대상인 남극은 성격상 특별한 대우를 요하는 영역이다. 또한 남극조약의 당사국들은 국제공동체 전체를 대표한다. 당사국들은 제3국 및 제3국 국민들의 행위가 남극조약상 원칙 및 목적과 합치해야 한다는 의도를 표명한 바 있다.<sup>776)</sup>

이처럼 객관적 체제란 국제적 규율 하에 놓인 특정 영역의 이용관계를 의미한다. 객관적 체제는 권리 부여 혹은 의무 부과 중 어느 하나로만 정의되지 않으며, 이용관계의 영속적 유지라는 목적을 중심으로 권리와 의무가 적절한 균형을 이루며 단일한 규율 체계를 형성한다. 대상 영역을 이용하는 국가라면 모두 이러한 규율 하에 놓인다. 이하에서는 객관적 체제 설정 조약의 성립 요건으로서 ① 조약 당사국들의 의도, ② 영역의 법적 지위 규율, ③ 법체제 설정 권한, ④ 국제공익 보호 목적, ⑤

---

774) 'Enhancing Compliance with the Protocol: Departure State Jurisdiction', Submitted by the United Kingdom, Doc. XXI ATCM/WP22 (April, 1997), p. 5, para. 16.

775) Ibid, para. 17. 소련의 여러 국제법 교과서들도 남극조약체제를 객관적 체제로 설명한다. B. Boczek, 'The Soviet Union and the Antarctic Regime', *American Journal of International Law*, Vol. 78, Issue 4 (1984), p. 856.

776) Ibid.

제3국의 동의 등을 구체적으로 살펴보기로 한다.

## I. 조약 당사국들의 의도

객관적 체제 설정 조약이 성립하기 위해서는 우선 조약 당사국들이 해당 조약이 대세적 효력을 가질 것을 의도했어야 한다.<sup>777)</sup> 만약 이러한 특별한 의도가 없었는데도 조약이 제3국에 영향을 미친다면, 이는 법적 효력이 아닌 사실적 효력에 불과하다. 이 경우 조약은 제3국에 어떠한 법적 권리 또는 의무도 발생시키지 않는다. 조약 당사국들이 객관적 체제 설정 조약을 성립시킬 의도가 있었는지 여부는 결국 조약의 해석 문제로 귀결된다.<sup>778)</sup> 즉 조약문의 문맥, 조약의 대상과 목적, 조약 문언의 통상적 의미 등을 고려하여 조약 당사국들의 의도를 추론해야 한다. 객관적 체제 설정 조약은 조약의 상대효 원칙이라는 국제법상 근본 원칙의 예외이므로, 당사국들의 이러한 의도는 비교적 엄격하게 인정될 것이다. 물론 조약 당사국들의 의도가 인정된다고 해서 곧바로 객관적 체제 설정 조약이 성립하는 것은 아니다. 객관적 체제 설정 조약이 성립하기 위해서는 이하의 요건들도 함께 충족되어야 한다.<sup>779)</sup>

## II. 영역의 법적 지위 규율

객관적 체제 설정 조약의 핵심은 특정한 영역의 법적 지위를 규율하는데 있다. 영역의 법적 지위 규율이라는 속성은 물권적 측면에서 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력을 강화시키는 역할을 한다. 입법적 조약(*traité-loi*)이 대세적 효력의 근거를 국제 입법적 권한에서만 찾는다면, 객관적 체제 설정 조약은 이에 더하여 물권적 규율이라는 측면에서도 대세적 효력의 근거를 찾는다. 객관적 체제 설정 조약의 영토적 관련성은

---

777) Klein, *supra* note 16, pp. 67-80; Barnes, *supra* note 16, pp. 131-132; Subedi, *supra* note 679, pp. 194-195.

778) Barnes, *supra* note 16, p. 132.

779) Ibid.

이를 입법적 조약(*traité-loi*)과 구분 짓는 기준이기도 하다.<sup>780)</sup>

국제법상 물권 개념을 어떻게 이해해야 하는가? 물권은 사법(私法) 개념으로 국제공법에는 그다지 친숙하지 않은 개념이다. 그러나 국제공법은 국가간 관계, 즉 인적 권리의무관계만 다루지 않으며, 국가주권과 영토의 관계, 즉 물적 권리의무관계도 다룬다. 전자는 사법상 채권관계와, 후자는 물권관계와 유사하다. 채권의 객체는 채무자의 행위이지만, 물권의 객체는 물건이다.<sup>781)</sup> 채무자의 행위는 비가시적이나, 물건은 가시적인 객체이다. 채권은 특정한 상대방, 즉 채무자에 대해서만 청구할 수 있고, 채무자에 의해서만 침해될 수 있다.<sup>782)</sup> 반면 물권은 모든 사람에게 주장할 수 있으며, 모든 사람에 의해 침해될 수 있다.<sup>783)</sup> 국제법상 영역도 마찬가지이다. 국가의 특정 영역에 대한 권리는 모든 국제법 주체에게 주장할 수 있으며, 모든 국제법 주체에 의해 침해될 수 있다. 물론 양자를 완전히 동일시하기엔 적지 않은 무리가 따르지만, 사법상 소유권 개념을 국가의 영토 주권에 유추 적용하는 것은 상당히 유용함에 틀림없다.<sup>784)</sup>

객관적 체제는 물권의 여러 하위 개념 중에서도 지역권과 가장 유사하다. 실제로 객관적 체제의 개념적 근원을 지역권에서 찾는 견해도 있다.<sup>785)</sup> 20세기 초반까지만 하더라도 물권법상 지역권 개념을 국제법적 차원으로 유추 적용하려는 시도가 있었다. 이것이 바로 ‘국제지역권(international servitude)’ 개념이다. 국제지역권은 국가간 합의를 통해 일방 당사국의 특정한 영역을 이용할 권한을 타방 당사국에 부여함으로써 성립한다.<sup>786)</sup> 국제지역권의 핵심은 이로 인해 발생한 권리의무관계의 영속성에 있다. 국제지역권이 설정된 영역의 관할국 또는 이용국이 소멸되더라도 지역권 자체는 존속되며 해당 국가의 승계국에게 계속해서 인정

---

780) Ibid, p. 133.

781) 김준호, *supra* note 45, pp. 476-477.

782) Ibid, p. 483.

783) Ibid.

784) Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, *supra* note 46, pp. 95-96; Brownlie, *supra* note 12, p. 106.

785) See e.g. Bederman, *supra* note 20, p. 342.

786) 국제지역권의 국가실행에 관해서는 다음을 참고. H. Reid, *International Servitudes in Law and Practice* (Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1932), pp. 43-203.

된다.<sup>787)</sup> 따라서 국제지역권을 설정하는 조약은 상대호 원칙의 예외를 구성한다.<sup>788)</sup> 한편 사범 개념 유추의 부적절성 등을 근거로 국제법상 지역권 개념을 인정할 수 없다는 견해도 제기된다.<sup>789)</sup> 국제 판례는 국제지역권 개념을 부정한 *North Atlantic Fisheries* 사건 이후<sup>790)</sup> 이에 대한 언급을 회피해 오다가,<sup>791)</sup> 최근 *Eritrea/Yemen* 중재판정에서 국제지역권 개념을 명시적으로 인정했다.<sup>792)</sup>

여기서 중요한 점은 국제지역권이 영토적 관련성 또는 영토적 성질을 가진다는 사실이다. 국제지역권을 객관적 체제의 원형으로 보는 학자들은 바로 이 점이 두 개념 간 연결고리라고 설명한다.<sup>793)</sup> 한편, 최근에는 국제지역권을 국제 공익적 필요에 따라 국가 주권을 제한하는 것으로 이해하는 입장도 보인다.<sup>794)</sup> 국제 공익적 필요에 따른 국가의 영토 주권

787) 한편, 국제지역권의 물권으로서 성격을 국가승계의 맥락에서만 이해하는 것을 비판하는 견해도 있다. F. Vali, *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, 2nd ed. (London: Stevens & Sons Ltd., 1958), p. 23.

788) H. Kelsen, *Principles of International Law* (New York: Rinehart & Company, Inc., 1952), pp. 347-348; G. Crusen, 'Les Servitudes Internationales', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 22 (Leiden: Boston: Martinus Nijhoff, 1928), p. 9. Cf. Roxburgh는 국제지역권이 승계국이 아닌 제3국에 인정된 사례는 전혀 없다고 설명한다. Roxburgh, *supra* note 44, p. 107.

789) Crusen, *supra* note 788, pp. 31; A. McNair, 'So-Called State Servitudes', *British Yearbook of International Law*, Vol. 6 (1925), pp. 123-126.

790) *North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain v. United States)*, 7 September 1910, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XI, pp. 181-182.

791) 'Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question', *League of Nations Official Journal*, Special Supplement No. 3 (1920), pp. 16-17; *Case of the S.S. "Wimbledon"*, Judgment of 17 August 1923, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 24; *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, Dissenting Opinion of Judge Moreno Quintana, p. 90. Cf. *S.S. "Wimbledon"*, Judgment of 17 August 1923, Dissenting Opinion by M. Schücking, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 1, pp. 43-45.

792) *Eritrea/Yemen Arbitration - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea*, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), 9 October 1998, p. 38, para. 126.

793) Sinclair, *supra* note 5, pp. 104-106; Bederman, *supra* note 20, p. 342; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (New York: Oxford University Press, 1997), pp. 18-42.

794) Vali, pp. 18-19; D. O'Connell, 'A Re-consideration of the Doctrine of

제한은 객관적 체제의 주요 특징이기도 하다.

그렇다면 객관적 체제 설정 조약은 결국 물권 조약인가? Waldock 초안 제63조에 대한 국제법위원회 회의에서 이와 관련된 논의가 있었다. 당시 Parades 위원은 객관적 체제 설정 조약이 결국 물권 설정 조약이라고 보았다. 보다 정확히 말하자면 그는 ‘객관적 체제 설정 조약’이라는 표현 자체에 반대했다. ‘객관적’이라는 표현의 의미가 불분명하다는 이유에서였다. 그는 제63조의 제목을 ‘물권 체제를 규정하는 조약’으로 변경할 것을 제안했다.<sup>795)</sup> 물권의 적용 대상은 특정인이 아닌 특정 물이다. 물권적 조약은 특정 국가가 아닌, 특정 영역에 일정한 권리의무를 부착시킨다. El-Erian 위원도 Waldock 초안 제63조의 내용이 물권과 밀접하게 관련된다고 보았다.<sup>796)</sup>

한편, 객관적 체제가 엄밀한 의미에서는 물권과 구별된다는 견해도 제기되었다. De Luna 위원에 따르면, 물권은 당사자들의 의사 및 제3자의 동의를 요하지 않고 곧바로 대세적 효력을 발생시킨다. 예컨대, 어떤 국가가 타국과 영토 할양 조약을 체결한다면, 제3국이 이를 무시하고 기존 주권국이 해당 영토에 대한 책임을 계속 가진다고 주장할 수는 없다.<sup>797)</sup> 한편, Verdross 위원은 초안 제63조의 문언이 물권 이론에 고유한 문제들을 피해갈 수 있도록 구성되었다고 보았다.<sup>798)</sup> 즉 객관적 체제 설정 조약이 엄밀한 의미에서는 물권과 완전히 같지 않다는 것이다.

국제지역권 역시 객관적 체제의 원형으로 볼 수 있지만, 양자는 완전히 동일한 개념은 아니다. 국제지역권은 일방 당사국의 배타적 관할권

---

International Servitude’, *Canadian Bar Review*, Vol. 30 (1952), pp. 811-812; *Eritrea/Yemen Arbitration - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea*, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), 9 October 1998, p. 38, para. 126.

795) 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 97, paras. 33-35.

796) Ibid, pp. 97-98, para. 41.

797) 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 99, para. 3.

798) 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 99, para. 50.

하에 놓인 영역에만 설정된다. 반면 객관적 체제는 남극, 심해저, 우주공간 등 국내 관할권 이원에 위치하는 영역에 대해서도 설정될 수 있다. 일국의 배타적 관할권 하에 있는 영역의 경우, 관할국만 동의한다면 비교적 쉽게 객관적 체제를 설정할 수 있다. 그러나 어떠한 국가의 관할권 하에도 놓이지 않은 영역, 특히 국제공유지에 객관적 체제를 설정하기 위해서는 이러한 법체제를 설정할 수 있는 권한 여부가 중요한 쟁점이 된다. 이 문제에 대해서는 이하에서 보다 자세히 살펴보기로 한다.

### III. 법체제 설정 권한

객관적 체제 설정 조약의 당사국들이 이러한 법체제를 설정할 권한을 갖는지는 중요한 문제이다. 조약은 당사국들이 법적 권한을 가진 사안을 규율할 때에만 유효하다. 예컨대, A국과 B국이 제3국인 C국의 영토 일부를 처분하는 조약을 체결한다고 하자. 해당 영토에 대해 조약 당사국인 A국과 B국이 C국에 우선하는, 또는 적어도 대등한 권원을 갖지 않은 이상 이러한 조약은 유효할 수 없다. 객관적 체제 설정 조약도 마찬가지이다. 조약 당사국들의 법적 권한이 인정되는 영역에 대해서만 객관적 체제를 유효하게 설정할 수 있다. Waldock 특별보고관도 초안 제63조에서 객관적 체제가 설정되는 영역에 대해 관할권을 가진 국가가 조약 당사국으로 포함될 것을 요구했다.<sup>799)</sup>

당사국들이 배타적으로 관할하는 영역에 대해서만 유효하게 조약을 체결할 수 있는가? 만약 그렇다면 1959년 남극조약, 1967년 우주조약, 1979년 달 조약, 1982년 UN해양법협약 심해저제도 등은 어떻게 설명할 것인가? 남극과 우주공간, 심해저, 공해 등은 어느 한 국가가 배타적으로 관할하는 영역이 아니다. 이는 모든 국가들이 이용할 수 있는 국제공유지의 성격을 가진다. 국제공유지에 객관적 체제를 설정하는 조약이 유효하려면 전 세계 모든 국가가 조약 체결에 참여해야 하는가?

이와 관련해서 Waldock 특별보고관의 조약법 초안 중 조약의 영토적

---

799) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 26.

적용 부분을 참고할 필요가 있다. 1969년 비엔나 조약법협약은 조약의 영토적 적용 범위 문제를 제29조에서 비교적 간략히 규정한다. ‘조약으로부터 별다른 의도가 나타나거나 또는 달리 확정되지 않는 이상, 조약은 각 당사국의 영역 전체로 확장 적용된다.’ 반면 Waldock 초안은 두 개의 조항에서 조약의 영토적 적용 문제를 다룬다. 초안 제58조는 당사국들이 ‘국제적 책임을 가진 영역’에 대해 조약이 적용된다고 규정한다.<sup>800)</sup> 한편, 제59조는 ‘조약의 당사국이 아닌 국가의 영역’으로 조약이 확장 적용되는 경우에 대해 규정한다. 동조는 이를 위해 다음 세 가지 요건이 충족될 것을 요구한다. ① 그 비당사국이 조약의 일방 당사국에게 조약 체결을 통해 자신의 영역을 구속할 권한을 부여했고, ② 그 당사국에게 그러한 권한이 부여되었음을 다른 당사국들이 알고 있었으며, ③ 그 당사국이 조약을 체결함으로써 그 비당사국의 영역을 구속할 의도를 가졌던 경우.<sup>801)</sup>

결국 Waldock 초안에 따르면, 조약 당사국들이 일정한 경우에는 자신에게 속하지 않은 영역에 적용되는 조약도 체결할 수 있다. 여기서 일정한 경우란, 그 영역의 관할국으로부터 조약 체결 권한을 부여받는 경우를 의미한다. 일국의 배타적 관할권 하에 놓이지 않은 영역의 경우는 어떠한가? Waldock 초안의 논리를 유추 적용하면, 국제공유지의 경우에는 국제사회 전체로부터 이에 관한 조약 체결 권한을 부여받아야 할 것이다. 국제공유지는 국제사회 전체에 속한 영역이기 때문이다. 그렇다면, 어떤 국가들에게 이러한 권한이 위임되는가? 이를 설명하기 위해 ‘강대국(Great Powers)’ 이론과 ‘국제공익’ 이론이 제시된다.

강대국(Great Powers) 이론이란, 전 세계를 위한 조약을 체결할 권한이 일부 강대국들에게 부여될 수 있다는 이론이다. 이는 주로 국제적 결정(international settlement)의 사례와 관련해서 논의된다. Åland 사건에서 국제법률가위원회는 19-20세기 유럽에서 행해진 국제적 결정의 관행을 다음과 같이 설명한다. ‘강대국들은 (...) 특히 평화 조약 체결 시 진정한 객관적 법규범, 즉 조약 당사국들의 범위를 넘어서 효력을 미치는

800) Ibid, p. 12.

801) Ibid, p. 15.

실질적인 정치적 지위를 설정하려고 시도했다.’<sup>802)</sup> *South-West Africa* 사건에서 McNair 재판관도 이를 인정한다. ‘때때로 강대국 집단, 또는 대국과 소국을 포함하는 다수의 국가들은 다자적 조약을 통해 새로운 국제적 체제 또는 지위를 창설할 권한을 갖는다.’<sup>803)</sup>

강대국 이론에 따라 소수의 강대국들에게 국제적 입법 권한이 인정된다면, 이러한 권한이 남용될 우려가 있다. McNair도 강대국들에 의해 준입법적 조약이 체결되는 현실을 인정하면서도, 한편으로는 이러한 관행이 남용될 수 있다고 지적했다.<sup>804)</sup> 강대국 이론은 국제법의 근본 원칙인 주권평등원칙과도 양립하기 어렵다. 주권평등원칙에 따르면 모든 국가가 법적으로 평등하나, 소수 강대국들에게 국제 입법권을 인정하면 이들 국가가 다른 모든 국가들보다 법적 우위를 갖게 된다. 물론 양차 세계대전과 같이 국제정세가 극도로 불안정하며, 국제질서 전반이 흔들리는 경우에는 현실적으로 강대국들이 평화조약 체결 등을 주도할 수밖에 없다. 그러나 이렇게 지극히 예외적인 경우, 즉 일종의 국제적 비상사태를 제외하고는 강대국들에게 이러한 권한을 명시적으로 인정할 수는 없을 것이다. 따라서 강대국 이론은 국제사회의 과거 관행만을 반영한 다소 구시대적인 이론으로 평가된다.

한편, 국제공익 이론이란 국제사회 전체의 공익을 위해 특정 영역에 객관적 체제를 설정하려는 경우 이러한 내용의 조약을 체결할 권한이 인정된다는 이론이다. 이때 조약 당사국에 해당 영역의 관할국 또는 사실상 강대국의 위치에 있는 국가가 포함되는지 여부가 아니라, 해당 조약의 주된 목적이 국제공익 보호에 있는지 여부가 중요한 기준이 된다.<sup>805)</sup> 또한 해당 조약 체결로 인해 국제공익이 실제로 보호되는지도 중요한 판단기준이 될 것이다. 국제공익이 조약 체결 권한이 인정되기 위한 주요

---

802) ‘Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question’, *League of Nations Official Journal*, Special Supplement No. 3 (1920), p. 17.

803) Separate Opinion of Judge McNair, *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 153.

804) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, p. 259.

805) Barnes, *supra* note 16, p. 138.



요건이라면, 조약 체결 후 당사국들이 마음대로 이를 변경하거나 종료시킬 수 없을 것이다.<sup>806)</sup> Waldock 초안 제63조 4항도 객관적 체제 설정 조약은 동 체제를 수락하거나 상당한 이해관계를 가진 국가들의 동의가 있어야만 개정 및 폐기될 수 있다고 규정한다.<sup>807)</sup>

물론 어떤 법체제가 국제공익 보호 목적을 갖는지 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 국제공익이라는 개념 자체가 상당한 모호성을 내포하기 때문이다. 이는 일부 국가들의 자의적 판단에 맡겨서는 안 된다. 현재 국제사회에는 중앙 입법기관이 존재하지 않는다. 그러나 국제공익과 관련된 사안 중에서 적어도 국제평화와 안전의 유지와 관련된 경우는 UN이 일종의 입법 권한을 가진다고 볼 여지가 있다. 과거 강대국들이 행사하던 준입법적 권한은 UN헌장 제2조 1항상 주권평등원칙을 수락함으로써 더 이상 인정되지 않는다.<sup>808)</sup> 국제평화와 안전의 유지에 관해 각각의 강대국들이 행사하던 절대적 권한은 UN안보리에게로 이양되었다.<sup>809)</sup> UN헌장 제24조 1항에 따르면, UN 회원국들은 국제평화와 안전의 유지를 위한 일차적 책임을 안보리에 부여한다. UN과 같이 국제적으로 널리 인정받는 국제기구가 개입한다면, 객관적 체제 설정 조약이 국제공익 보호 목적을 갖는지 여부를 비교적 객관적인 관점에서 평가할 수 있을 것이다.<sup>810)</sup>

#### IV. 국제공익 보호 목적

앞서 살펴보았지만, 객관적 체제 설정 조약의 국제공익 보호 목적은 조약 당사국들의 객관적 체제 설정 권한을 정당화하는 핵심 요소이다. 국제공익적 목적은 법체제 설정 권한의 맥락에서뿐만 아니라, 객관적 체제 설정 조약의 성립 요소로서도 상당한 중요성을 가진다. Klein에 따르

---

806) Mosler, *supra* note 679, p. 236.

807) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 27.

808) Subedi, *supra* note 679, p. 195.

809) Ibid, pp. 195-196.

810) McNair, *The Law of Treaties*, *supra* note 32, p. 259; Mosler, *supra* note 679, pp. 236-237.

면, 국제공익적 목적은 대세적으로 유효한 객관적 체제의 성립 여부 판단 시 가장 결정적인 기준이 된다.<sup>811)</sup> 조약에 의해 달성하려는 공익이 국제사회에서 널리 인정된 것일수록 조약으로 설정하려는 객관적 체제도 보다 용이하게 수락될 것이다.<sup>812)</sup>

객관적 체제 설정 조약은 공동체적 규범, 즉 국제 공익적 규범이라는 이유로 제3국에 구속력을 미칠 수 있다. 국가는 공익적 가치의 보호에 있어 이중적 입장을 취한다. 국내법적 차원에서는 공익을 침해하는 민간의 행위를 제한하는 공익의 수호자 역할을 하지만, 국제법적 차원에서는 오히려 국가 자신이 자치 또는 자율성을 주장하며 국제 공익을 침해하는 행위를 한다.<sup>813)</sup>

개별 국가에 의한 국제 공익 훼손은 어떻게 막을 수 있는가? 국내법과 달리 국제법 차원에서는 개별 행위자들의 공익 침해 행위를 막을 수 있는 중앙정부 같은 존재가 없다. 개별 국가의 자율성 보장을 국제질서 유지보다 우선시하는 분위기에서 국제 공익 개념은 크게 환영받지 못했다. 국제사회의 이러한 경향은 19세기부터 제2차 세계대전 당시까지 성행했던 법실증주의의 영향으로 나타났다.

국제법상 법실증주의의 핵심을 간단히 정리하면 다음과 같다.<sup>814)</sup> ① 국제법은 근본적으로 세계 각국의 의사로부터 비롯된다. 국제법규는 국가들의 명시적·묵시적 동의로 만들어진다. ② 국가는 국제법상 유일한 권리의무의 주체이다. ③ 각국은 경쟁적이며 적대적인 국제사회에서 각자의 이해관계를 관철하기 위해 노력한다. ④ 모든 국가의 주권은 평등하며 타국으로부터 부당한 간섭을 받지 않는다.

법실증주의와 더불어 사법상 계약 법리를 조약에 유추 적용하려는 입장도 공동체적 규범 개념에 친하지 않았다. 계약과 마찬가지로 조약에서

---

811) Klein, *supra* note 16, p. 352.

812) Barnes, *supra* note 16, p. 143.

813) B. Oxman, 'The International Commons, the International Public Interest and New Modes of International Lawmaking', in J. Delbück (ed.), *New Trends in International Lawmaking - International 'Legislation' in the Public Interest* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), p. 25.

814) S. Neff, 'A Short History of International Law', M. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 14-15.

도 당사자의 동의가 있어야 조약이 유효하다고 보기 때문이다.<sup>815)</sup> 이러한 관점에서 당사국의 동의 없이도 구속력을 미칠 수 있는 일종의 공동체적 규범으로서의 조약은 유효한 조약으로 보기 어렵다. 계약상 법리 유추의 대표적 사례인 조약의 상대효 원칙에 대해 이상에서 살펴본 바 있다. 상대효 원칙을 엄격히 적용한다면 조약을 통해 인류 전체를 위한 범세계적 규율을 만드는 것이 불가능해진다.<sup>816)</sup>

제2차 세계대전 이후 조약을 양자적, 계약적 성질을 가진 것으로만 이해하던 기존 입장에 큰 변화가 생기기 시작했다. 국가주권에 기초한 전통적 조약 개념에서 벗어난 범국가적 조약이 등장하게 된 것이다.<sup>817)</sup> 처음에는 이러한 움직임이 UN의 평화유지활동 및 인권 등 국제법상 일부 분야에만 국한되었다. 그러나 점차 공동체적 규범을 표방하는 새로운 조약 유형이 등장하게 되었다. 객관적 체제 설정 조약, 지위 조약 등이 이에 해당한다.<sup>818)</sup> 최근에는 국제평화 및 인권 분야뿐만 아니라 국제환경법 및 인류의 공동유산에 관한 공동체적 규범으로서 객관적 체제 설정 조약 개념의 유용성이 널리 거론된다.<sup>819)</sup>

이처럼 국제법상 객관적 체제 설정 조약의 법적 근거 및 타당성은 국제 공익상 목적에서 비롯된다. 여러 학자들은 국제 공익적 고려를 객관적 체제 설정 조약의 중요한 개념 요소로 다룬다.<sup>820)</sup> Waldock 특별보고관도 초안 제63조 1항에서 객관적 체제 설정 조약 당사국들의 목적이

---

815) See Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, *supra* note 46, pp. 155-156.

816) Werner, *supra* note 549, p. 103.

817) 과거에 조약이란 양자조약만을 의미했다. 양자조약은 계약적 성격이 강하다. 그러나 오늘날에는 다자조약의 비중이 커지고 있다. 다자조약은 계약으로 설명되기 어려운 측면이 많다. 특히 국제인권조약의 경우 상호주의적 보장이 성질상 불가능하다. 인권조약의 적용 대상이 타방 당사국이 아닌 자국 국민이기 때문이다. See 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』, *supra* note 12, pp. 36-37; 정인섭, 『조약법강의』, *supra* note 17, pp. 122-123.

818) E. Riedel, 'International Environmental Law - A Law to Serve the Public Interest?', in J. Delbück (ed.), *New Trends in International Lawmaking - International 'Legislation' in the Public Interest* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), pp. 62-63.

819) Ibid, p. 92.

820) Barnes, *supra* note 16, p. 140; Klein, *supra* note 16, p. 352.

‘국제 공익상’ 일정 영역에 대한 일반적 권리의무를 설정하는 것이라고 규정한다.<sup>821)</sup>

앞에서 살펴본 국제판례들도 조약의 대세적 효력이 국제공익적 목적에서 비롯된다고 설명한다. Åland 사건에서 국제법률가위원회는 Åland 제도의 전략적 중요성은 ‘유럽의 공익(general European interest)’ 이 걸린 사안으로서 ‘유럽적 성격의 문제’ 라고 보았다.<sup>822)</sup> 즉 유럽의 공익이 걸린 문제이기에 1856년 파리 강화 조약의 당사국들이 Åland 제도의 비무장화를 ‘유럽의 법(European law)’ 으로 편입시키려고 한 것이다.<sup>823)</sup> ICJ는 *Wimbledon* 호 사건에서 1919년 베르사유 조약 제380조에 따라 쾰 운하는 ‘전 세계 모든 국가의 유익을 위한’ 국제수로가 되어 모든 선박에게 비차별적으로 개방된다고 판시했다.<sup>824)</sup> *South-West Africa* 사건에서 ICJ도 서남아프리카 위임통치협정이 ‘인류 전체의 이해(interest of humanity in general)’ 를 위한 것으로서 모든 국제연맹 회원국들이 수락하는 국제적 지위를 설정한다고 보았다.<sup>825)</sup> 또한 ‘전 세계의 신성한 위탁(sacred trust of civilization)’ 이기 때문에 감시기관인 국제연맹이 해산되더라도 위임통치협정은 여전히 유효하다고 판단했다.<sup>826)</sup>

1959년 남극조약도 국제공익적 규범이라는 근거로 대세적 효력이 인정된다. 1977년 제9차 남극조약 협의 당사국 회의에서 소련 Khlestov 대표는 남극조약을 ‘협의 당사국 회의에 참가하는 국가들뿐만 아니라 전 세계 모든 국가와 인류 전체의 유익에 기여’ 하는 것으로 설명했다.<sup>827)</sup> 1997년 제21차 회의에서 영국은 남극조약상 남극 보호 체제가 국제공동체 전체의 묵인 하에 객관적 체제로 성립했다고 보았다.<sup>828)</sup> 남극조약의

---

821) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 26.

822) Report of the International Committee of Jurists, *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), p. 17.

823) Ibid.

824) *Case of the S.S. "Wimbledon"*, Judgment of 17 August 1923, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 22.

825) *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 132.

826) Ibid, p. 133.

827) ‘Opening Statement by Professor O. N. Khlestov, Head of the Delegation of the USSR’, ANT/IX/72 (19 September 1977).

발효 이후 20년의 기간 동안 어떤 국가도 이의를 제기하지 않았기 때문이다.<sup>829)</sup> 영국 측은 만약 제3국 및 제3국 국민에게 남극조약 규정을 완전히 무시하고 활동할 권리가 주어진다면, 국제공동체가 남극의 보존으로 얻는 이익이 크게 저해될 것이라고 지적했다.<sup>830)</sup> 또한 오늘날 국제공동체가 환경 보호의 필요성을 절박한 과제로 인식하고 있음을 고려할 때, 남극조약의정서도 객관적 성격이 인정된다고 보았다.<sup>831)</sup>

객관적 체제 설정 조약의 목적으로서 국제공익이란 결국 국제질서상 안정성의 강화를 의미한다.<sup>832)</sup> 이는 전략적 중요성이 인정되는 특정 지역을 비무장화함으로써 달성될 수도 있고, 국제공유지의 무분별한 자원 이용을 규제함으로써 달성될 수도 있다. 국제공익적 조약은 특정 국가의 주권 및 이해관계를 초월하는 전 세계적 차원의 핵심 가치를 내포한다.<sup>833)</sup> 이는 일국의 배타적 관할권 너머에 위치한 영역, 즉 공해, 심해저, 남극, 우주 등을 규율함에 있어 특히 중요한 역할을 가진다. 국제사회 전체의 이익과 직결되는 사안에서 제3국의 동의는 더 이상 선택 사항이 아니다. 일반적인 조약들과 달리, 객관적 체제 설정 조약에서는 제3국의 동의를 자동 추정됨이 원칙이다.

## V. 제3국의 동의

다른 조약들과 대비되는 객관적 체제 설정 조약만의 주요 특징은 조약에 대한 제3국의 입장을 결정하는 방식에 있다.<sup>834)</sup> 한 가지 유의할 점은

828) 'Enhancing Compliance with the Protocol: Departure State Jurisdiction', Submitted by the United Kingdom, Doc. XXI ATCM/WP22 (April, 1997), p. 5, para. 18.

829) 물론 1980년대에 들어서서 몇몇 국가들이 남극조약체제에 대한 비판을 제기한 바 있다. 그러나 영국 대표에 따르면, 이러한 비판은 남극조약의 목적보다는 남극조약 '클럽'의 배타적 성격에 대해 제기된 것이다. Ibid.

830) Ibid, p. 6, para. 19.

831) Ibid, para. 20.

832) Mosler, *supra* note 679, p. 235; Barnes, *supra* note 16, p. 142.

833) Werner, *supra* note 549, p. 103.

834) 국제법위원회 회의에서 Yasseen 위원은 이 점이 Waldock 초안 제63조와 제62조 간 유일한 차이라고 지적하기도 했다. 740th Meeting, Yearbook of the International

객관적 체제 설정 조약도 ‘조약’ 이기 때문에 제3국의 동의가 있어야만 그 국가에 대해 권리 또는 의무를 창설할 수 있다는 것이다. 학자들 중에는 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력을 제3국의 동의 없이 권리의무가 발생한다는 의미로 이해하는 경우가 있다.<sup>835)</sup> 그러나 이는 1969년 비엔나 조약법협약 제34조에 정면으로 배치된다. 동조에 따르면, 조약은 제3국의 동의 없이 권리의무를 창설할 수 없다. 오늘날 국제사회에서 동의의 원칙은 비록 과거만큼 엄격히 요구되지는 않지만 여전히 중요한 국제법의 기본 원칙으로 남아있다. 그러므로 어떤 조약이 제3국의 동의가 전혀 없는 상황에서도 그 국가에게 법적 구속력을 미칠 수 있다는 입장이 국제사회에서 널리 받아들여질 수 있는지는 의문이다.

객관적 체제 설정 조약 조항을 제안한 Waldock 특별보고관도 국가들의 의사와 관계없이 자동적으로 구속력을 발생시키는 조약 개념이 국제사회에서 받아들여지기는 시기상조라고 판단했다.<sup>836)</sup> 특별보고관은 국가들의 거부감을 줄이기 위한 절충안으로서 제3국의 명시적·묵시적 ‘승인(recognition)’ 을 객관적 체제 설정 조약의 성립 요건으로 포함시켰다.<sup>837)</sup> 다만 제3국의 동의가 비교적 쉽게 추정되도록 했다.

Waldock 초안 제63조를 중심으로 객관적 체제 설정 조약에 대한 제3국의 동의가 추정되는 절차에 대해 구체적으로 살펴보기로 하자. 제63조 2항 (a)는 다음과 같이 규정한다. ‘조약의 비당사자로서 객관적 체제의 설정 및 적용에 명시적 또는 묵시적으로 동의(consent)한 국가는 이를 수락(accept)한 것으로 간주된다.’<sup>838)</sup> 제3국이 객관적 체제의 설정 및 적용을 수락한다는 것은 어떤 의미인가? 초안 제63조의 주석에 따르면, 제3국이 이를 수락했다고 해서 조약 당사국이 되는 것은 아니다. 다만 조

---

Law Commission, 1964, Vol. I, p. 107, para. 24.

835) Rozakis, *supra* note 21, p. 9; David, *supra* note 21, p. 890.

836) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 32, para. 17; 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, pp. 96-97, para. 29.

837) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 32, para. 17; 738th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 97, para. 30.

838) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 26.

약 규정 중 대세적 효력을 갖기로 의도된 규정이 그 국가에게도 적용될 뿐이다.<sup>839)</sup> 조약 당사국에 대해서는 조약 전체가 적용되지만, 객관적 체제에 동의한 비당사국에 대해서는 대세적으로 적용될 것이 의도된 일부 조항들만 적용된다. 물론 제63조 2항 (a)의 내용은 그다지 특별하진 않다. 초안 제62조 1항에서도 유사한 규정을 두고 있기 때문이다. 제62조 1항 (b)에 따르면, 제3국에 의무를 부과하는 조약 규정은 ‘그 국가가 동 조항에 명시적 또는 묵시적으로 동의(consent)했을 때’ 그 제3국을 구속한다.<sup>840)</sup>

객관적 체제 설정 조약의 특수성을 더 본격적으로 드러내는 조항은 초안 제63조 2항 (b)이다. 이에 따르면, ‘조약의 비당사자로서 조약이 UN 사무총장에게 등록된 후 X년 내에 이의를 제기하거나 기타 방식으로 반대 의사를 표시하지 않은 국가는 객관적 체제를 묵시적으로 수락(accept)한 것으로 간주된다.’<sup>841)</sup> 즉 일정 기간 내에 반대 의사를 표시하지 않은 제3국은 조약상 객관적 체제 설정에 동의한 것으로 자동 간주된다. Waldock 특별보고관은 5년 정도의 기간이 적당하다고 보았다.<sup>842)</sup> 특별보고관은 이러한 조약의 특수성, 즉 객관적 효력을 충분히 감안해서 X년이라는 일정한 시한을 두었다고 설명한다.<sup>843)</sup> 일정한 기간이 도과하면 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력이 확정되며, 반대 의사를 표시했던 국가 외의 모든 국가에게 구속력을 갖게 된다.

국제법위원회 회의에서 Waldock 초안 제63조 2항 (b)는 상당한 비판을 받았다. UN 전문 기관들이 체결한 조약에서 이러한 조항이 자주 발견되므로 전혀 새로운 규칙은 아니라는 견해도 제기되었으나<sup>844)</sup>, 많은 위원들은 동 조항이 제3국에게 과도한 부담을 지운다고 보았다. 제63조 2항 (b)에 따라, 국가들은 타국 간 체결된 모든 조약들을 검토해야 한다. 이

839) Ibid, p. 33, para. 21.

840) Ibid, p. 19.

841) Ibid, pp. 26-27.

842) Ibid, p. 33, para. 22.

843) Ibid.

844) De Luna 위원, 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 99, para. 5.

러한 의무는 국제법상 아무런 근거가 없으며, 일부 조약들은 검토에서 누락될 위험도 존재한다.<sup>845)</sup> 객관적 체제 설정 조약 개념을 지지했던 Rosenne 위원도 동 조항은 조약의 UN 등록에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 비판했다.<sup>846)</sup>

국제법위원회 위원들의 비판은 주로 제3국의 동의 추정 방식에 집중된다. 그러나 제63조 2항의 기술 방식을 변경함으로써 이 문제를 충분히 극복할 수 있다. 제63조 2항 (b)의 문언은 제3국에게 과도한 주의의무를 부담시킬 위험이 있다. 앞에서 객관적 체제 설정 조약은 국제공익의 보호를 목적으로 한다는 사실을 살펴보았다. 국제공익의 보호가 관련된 사안은 국제사회 전체의 대대적인 논의를 거치는 경우가 대부분이다. 일반적으로 객관적 체제는 상당한 규모의 전쟁을 종식시키는 평화조약 또는 UN의 주도로 개최된 국제회의에서 마련된 조약에 의해 설정된다. 물론 1995년 M/S Estonia 협정과 같이 일부 국가 간 조약으로 객관적 체제를 설정하려는 시도도 있다. 그러나 M/S Estonia 협정 당사국들은 국제해사기구(International Maritime Organization)를 통해 다른 국가들에게 협정의 내용을 알리고 협력을 요청했다.<sup>847)</sup> 조약 당사국들에 의한 협정 내용 통보를 당사국들이 부담하는 의무로 규정한다면, Waldock 초안 제63조 2항 (b)의 문제가 해결될 것이다. 즉 비당사국들에게 조약 내용을 숙지할 의무를 부담시키는 것이 아니라, 당사국들에게 조약 내용을 통보할 의무를 부과하는 것이다.

객관적 체제 설정 조약에 대해 제3국의 동의를 자동 추정된다는 Waldock 특별보고관의 구상 자체는 중요한 의의가 있다. 조약으로 특정 영역에 설정된 법적 지위가 국제 공동체 전체의 이익과 직결된다면, 제3국은 적어도 이를 묵인할 의무가 있다.<sup>848)</sup> 지위 설정 조약과 제3국의 동의 문제는 신생국의 승인과 상당 부분 유사하다. 두 경우 모두 국제적 합의로 객관적 법체제 또는 법적 실체가 창설된다. 합의의 비당사국들은

---

845) De Aréchaga 위원, *ibid*, p. 101, para. 21; Yasseen 위원, *ibid*, p. 101, para. 25; Parades 위원, *ibid*, p. 102, para. 41; Tabibi 위원, *ibid*, p. 104, para. 66.

846) *Ibid*, p. 104, para. 58.

847) Jacobsson & Klabbers, *supra* note 558, p. 327.

848) Mosler, *supra* note 679, p. 236.



이러한 법체제 또는 법적 실체를 ‘승인’ 함으로써 국제법적 권리의무관계가 발생한다. Lauterpacht는 국가 승인이 법적 의무로서가 아닌 외교정책의 일환으로서 자의적으로 행해지는 것을 우려했다.<sup>849)</sup> 국제공익과 직결된 지위 설정 조약의 경우에도 비슷한 문제가 제기된다. 제3국이 동의 여부를 마음대로 결정할 수 있다면, 자국의 이해관계에 조금이라도 어긋나는 경우 동의를 거부할 것이다. 그렇게 되면 해당 조약으로 설정된 법체제 또는 법적 실체의 객관적 존재성이 더 이상 인정될 수 없다. 이는 조약이 지키려는 국제공익에 큰 타격을 입힐 수 있다. 따라서 이러한 조약들에는 기존 조약법상 제3국에 적용되는 동意的 원칙과는 다른 원칙이 적용되어야 한다.

이처럼 제3국의 동意的는 객관적 체제 설정 조약의 성립 요건 중 하나이지만, 이상에서 살펴본 객관적 체제 설정 조약의 다른 모든 요건들이 충족되는 경우, 제3국 동意的가 존재하는 것으로 자동 추정된다. 객관적 체제 설정 조약도 ‘조약’의 외형을 갖고 있기 때문에 다른 조약과 마찬가지로 제3국의 동意的에 근거하여 그 국가를 구속한다. 그러나 국제공익의 보호를 주된 목적으로 하고 있으므로 이때 제3국이 갖는 동意的의 재량은 영(零)으로 수축한다.

## 제 2 절 제3자적 조약과의 비교

이상에서 객관적 체제 설정 조약 개념의 정의 및 성립 요건에 대해 살펴보았다. 객관적 체제 설정 조약은 조약 당사국들이 국제공익적 목적하에 특정 영역의 법적 지위를 규율하기 위해서 체결한 조약으로, 제3국 동意的의 존재가 자동 추정되는 법적 효력을 발생시킨다. 그러나 제3장에서 살펴보았듯이 국제법위원회는 조약의 대세적 효력 현상을 설명하기 위해 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 개념을 도입할 필요가 없다고

---

849) H. Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), p. 55.

판단했다. 이러한 현상은 제3국에 권리·의무를 부여하는 조약 개념 또는 조약의 관습국제법화 과정으로도 충분히 설명 가능하다고 보았기 때문이다. 따라서 1969년 비엔나 조약법협약은 객관적 체제 설정 조약에 관한 별도의 조항을 두지 않았다. 다만 제35조와 제36조, 제38조에서 제3국에 권리·의무를 발생시키는 조약 개념 및 조약의 관습국제법화 과정만 규정하고 있을 뿐이다.

비엔나 조약법협약이 취한 이러한 입장은 과연 타당한가? 대세적 효력을 갖는 모든 조약들이 이 두 가지 개념으로 설명될 수 있는 것은 아니다. 특정 영역에 국제법적 지위 또는 법체제를 설정하는 조약의 경우가 특히 그렇다. 제3절과 제4절에서는 이러한 조약 현상을 제3자적 조약 및 관습국제법 개념으로 설명하려고 할 때 발생하는 문제점들에 대해 살펴보기로 한다. 만약 대세적 효력을 갖는 모든 조약 현상을 설명함에 있어 제3자적 조약 및 관습국제법에 분명한 개념적 한계가 있다면, 이를 다루기 위해 객관적 체제 설정 조약 개념을 인정할 필요가 있을 것이다.

## I. 권리·의무의 일원적 규율

제3자적 조약 개념의 가장 큰 한계는 제3국에게 발생하는 권리와 의무를 미시적 차원에서만 다룬다는 점에 있다. 즉 조약이 제3국에게 권리 또는 의무를 발생시키는 과정 자체에만 초점을 맞춘다. 국제법위원회는 제3자적 조약 개념을 다루면서 제3국의 동의를 법적으로 어떻게 볼 것인지에만 집중했다. 위원들은 제3국의 권리·의무에 대한 동의가 부수적 합의(collateral agreement)의 성격을 가지는지, 혹은 단순한 의사표시에 불과한지를 두고 첨예하게 대립했다. 제3국의 동의를 조약 당사국과 제3국 간 체결된 새로운 조약으로 볼 수 있다면, 이를 굳이 특별한 현상으로 취급할 필요가 없다. 제3국은 조약 당사국 간 체결된 원 조약이 아닌, 자신과 조약 당사국이 체결한 새로운 조약에 구속되기 때문이다. 그러나 제3국의 동의를 단순한 수락의 의사표시로 본다면, 제3국은 조약과 관련하여 특수한 지위에 놓이게 된다.

위원회는 제3국에게 의무를 부과하는 경우와 권리를 부여하는 경우를 구분해서 별개로 다뤄야 한다는 점에는 모두 동의했다. 전자는 제3국에게 부정적 효과를 미치는 경우이므로 후자에 비해 제3국 동意的의 중요성이 더 크게 부각되기 때문이다. 그 결과 1969년 비엔나 조약법협약은 전자를 제35조에서, 후자를 제36조에서 규정한다. 제35조에 따르면, 제3국은 조약에 의해 부과된 의무를 명시적으로 수락해야 한다. 한편, 제36조에 의하면, 제3국의 명시적 반대가 없으면 조약에 의해 부여된 권리를 수락한 것으로 추정된다.

이처럼 비엔나 조약법협약은 조약 당사국과 제3국의 관계에만 초점을 맞추며, 조약이 어떤 목적에서 제3국에게 권리 또는 의무를 발생시키는지는 전혀 언급하지 않는다. 조약 당사국이 제3국에게 일정한 법적 관계를 맺을 것을 제안하고, 제3국이 이를 승낙해야만 법적 관계가 성립한다는 것은 계약법 법리상 지극히 당연한 사실이다. 이를 굳이 조약법에서 명문의 규정으로 다룰 필요가 있는지 의문이 제기된다. 오히려 조약법에서 다뤄져야 할 내용은 제3자적 조약 개념이 국제법상 인정되어야 할 이 유일 것이다.

그러나 비엔나 조약법협약 제35조 및 제36조는 이 문제를 전혀 다루지 않는다. 오히려 제3자적 조약을 국가들 간 개별적 거래관계의 문제로 치부한다. 즉 제3국이 유효하게 동의하기만 한다면, 각국은 마음대로 제3국에 권리 또는 의무를 발생시키는 조약을 체결할 수 있다는 것이다. 비엔나 조약법협약은 제3국의 동의가 유효하기 위한 조건만 규정하며, 제3자적 조약 개념이 필요한 근본적 이유에는 전혀 관심을 기울이지 않는다. 비엔나 조약법협약이 조약과 제3국의 문제와 관련해서 가장 중요하게 여기는 것은 제3국의 동의가 유효하게 추정되기 위한 요건이다. 바로 이런 맥락에서 조약법협약은 제3국 권리 부여 조약과 제3국 의무 부과 조약을 별개의 규정에서 다루었다. 제3국 동의 추정 요건을 기준으로 본다면, 양자는 분명히 구별되어야 하기 때문이다.

제3국의 권리와 의무를 이분법적으로 나누어 취급하는 것은 과연 타당한가? 조약이란 여러 종류의 권리와 의무가 서로 어우러져 균형을 이루

는 법체제이다. 제3장에서 살펴본 대세적 효력을 갖는 조약들은 대부분 제3국에게 권리와 의무가 복합된 법체제를 제시한다. 예컨대, 1959년 남극조약은 남극의 평화적 이용 의무와 함께 자유로운 과학조사의 권리를 규정한다. 1888년 수에즈 운하 협정은 운하의 자유 통항권을 보장하는 동시에 운하를 해상봉쇄하지 말아야 한다는 의무를 부과한다. 국제법위원회의 Lachs 위원은 중립국 지위의 설정을 예로 들면서, 이때 제3국이 갖는 권리와 의무는 서로 긴밀하게 연결되어 있다고 설명한다. 즉 권리와 의무가 복합되어 대세적인 효력을 갖는 하나의 ‘상황(situation)’을 창설한다는 것이다.<sup>850)</sup> Lachs 위원은 제3자적 조약 개념이 이를 충분히 설명하지 못한다고 보았다.<sup>851)</sup>

물론 이러한 사례들을 제3국에 조건부 권리를 부여하는 것으로 설명할 수도 있다. 비엔나 조약법협약 제36조 2항이 바로 이러한 입장을 취한다. 동조에 따르면, 권리를 행사하는 국가는 조약상 권리 행사의 조건에 따라야 한다. 그러나 과연 남극의 평화적 이용 의무 및 수에즈 운하 해상 봉쇄 금지 의무 등이 권리 행사에 대한 부차적 조건에 불과한가? 남극의 평화적 이용 의무는 남극조약체제의 핵심 원칙 중 하나이다. 수에즈 운하 협정은 운하의 자유로운 이용 권리와 해상봉쇄를 하지 말아야 할 의무를 별개의 조문에서 규정하고 있다. 이러한 조문들로부터 해상봉쇄국은 운하를 자유롭게 이용할 수 없다는 해석을 도출해 낼 수는 없다.

그렇다면 제3국의 의무와 권리에 관한 규정들에 대해 각각 비엔나 조약법협약 제35조와 제36조를 적용할 수 있는가? 제3국의 권리 및 의무가 서로 긴밀하게 관련되는 객관적 법체제의 경우, 이는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 남극조약의 예를 살펴보자. 만약 위의 방식을 적용한다면, 남극의 평화로운 이용 의무를 부과하는 조약 규정에 대해서는 제3국의 명시적 동의가 필요하다. 한편, 자유로운 과학 조사의 권리를 규정하는 조항에 대해서는 제3국의 명시적인 반대만 없다면 이러한 권리가 곧바로 인정된다. 아무런 의사표시를 하지 않은 제3국은 결과적으로 남극

850) 740th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 108, para. 28.

851) Ibid.

의 평화로운 이용 의무를 준수할 필요 없이 자유로운 과학 조사의 권리를 누릴 수 있게 된다. 남극조약 당사국들의 의도와 정반대의 결과가 초래되는 것이다.

Fitzmaurice 특별보고관은 제3국의 의무와 권리를 별도로 규정하는 것은 이 문제의 본질을 잘 보여주는 것이 아닌 단순한 편의적 발상에 불과하며, 상당히 인위적이라고 지적했다.<sup>852)</sup> 따라서 특별보고관은 추후 작업에서는 양자를 통합적으로 다루는 새로운 접근법을 취할 것이라고 했다.<sup>853)</sup> 국제법위원회 내에서도 제3국의 의무와 권리를 별도로 규정한 것에 대한 비판이 제기되었다. Rosenne 위원<sup>854)</sup>과 Ago 위원<sup>855)</sup>, Lachs 위원<sup>856)</sup> 등은 국가실행에서는 제3국에게 권리를 부여하는 조약 규정과 의무를 부과하는 조약 규정이 항상 별개로 존재하지는 않는다고 지적했다. Waldock 특별보고관도 이 점이 문제될 수 있음을 인정했다.<sup>857)</sup> 학계에서도 유사한 비판이 제기된다. Chinkin은 다음과 같은 의문을 제기한다. 어떤 조약 규정이 제3국에게 권리와 의무를 동시에 발생시킬 경우, 비엔나 조약법협약 제35조와 제36조 중 어느 것이 적용되어야 하는가?<sup>858)</sup>

객관적 체제 설정 조약 개념을 수용한다면 이러한 문제가 해결될 수 있다. 동 개념은 조약이 제3국에게 권리 및 의무를 발생시키는 과정 자체에 초점을 맞추지 않는다. 객관적 체제 설정 조약 개념은 특정한 영역의 법적 지위 규율에 중점을 둔다. Waldock 초안 제63조 1항은 조약 당사국들의 의도가 ‘특정 영역에 관련된 일반적 의무와 권리’를 창설하는 데 있다고 규정한다.<sup>859)</sup> 여기서 제3국이 조약상 부여받는 권리 또는 의무 각각에 어떻게 동의를 표시하는지는 중요한 문제가 아니다. 서로 상응하는 여러 가지 권리 및 의무를 포함하는 객관적 체제 전체에 대한

852) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 90, para. 38.

853) Ibid, p. 78, fn. 10.

854) 735th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 76, para. 29.

855) Ibid, p. 79, para. 63.

856) 736th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 83, para. 28.

857) Ibid, pp. 86-87, para. 70.

858) Chinkin, *supra* note 152, p. 40.

859) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 26.

제3국의 동의 여부가 주요 쟁점이 된다. 제3국이 객관적 체제에 동의한다면, 동 체제가 포괄하는 모든 권리 및 의무에 동의한 것이 된다. 일종의 포괄적 합의(package deal)인 셈이다.

## II. 일반적 · 추상적 제3국

제3국에게 권리 · 의무를 발생시키는 조약, 즉 제3자적 조약의 주요 특징 중 하나는 권리 또는 의무가 부과되는 제3국이 누구인지 구체적으로 특정된다는 점에 있다. 즉 제3자적 조약은 개별적 · 구체적 제3국을 전제한다. 제3자적 조약 개념에 따르면, 조약이 제3국에 권리 또는 의무를 부과하기 위해서는 그 국가 또는 그 국가가 속한 집단의 명칭이 조약상 명시되어야 한다. 1935년 하버드 초안 제19조 (b)에 대한 주석은 조약의 문언 및 체결 당시 상황을 고려하여 권리를 부여받는 제3국이 특정될 수 있으면 충분하다고 보았다.<sup>860)</sup>

한편, 1969년 비엔나 조약법협약 제35조 및 제36조는 조약 당사국이 제3국에게 의무 또는 권리를 설정하려는 의도가 있어야 한다고 규정한다. 이때 조약 당사국들이 반드시 개별적 · 구체적 제3국에게 조약 규정이 적용될 것을 의도해야 하는가? 제35조와 제36조에 대한 주석에서는 제3국이 반드시 특정되어야 한다는 설명은 등장하지 않는다. 그러나 제35조, 즉 제3국에 의무를 부과하는 조약의 경우에 관해 주석은 다음과 같이 설명한다. 조약 당사국들은 해당 조약 규정에서 당사국이 아닌 ‘어떤’ 제3국(‘the’ State not a party)에게 의무를 부과할 의도를 가져야 한다.<sup>861)</sup> 제3국에 권리를 부여하는 조약의 경우도 비슷하다. 제36조 1항에 따르면, 조약 당사국이 ‘문제의’ 제3국(the State ‘in question’)에 대해 권리를 부여할 의도를 가져야 한다. 이처럼 제35조와 제36조는 권리 · 의무의 설정 대상으로서 특정한 제3국을 전제한다.

그런데 제36조 2항은 한걸음 더 나아가 조약 당사국들이 ‘그 제3국이

---

860) ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29 Supplement (1935), p. 935.

861) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. I, p. 227, para. 1.

속한 국가 집단’ 또는 ‘모든 국가’에 대해서도 권리를 부여할 수 있다고 규정한다. 즉 제3국에 권리를 부여하는 조약은 특정한 제3국뿐만 아니라, 모든 국가로도 그 적용 범위가 확대될 수 있다. 문제는 제35조에는 이러한 조항이 없다는 데 있다. 이는 제3국에 의무를 부과하는 조약의 경우에는 제3국이 반드시 특정되어야 하며, 모든 국가에 대해 의무를 부과할 수 없음을 의미한다. 모든 국가들에게 의무를 부과하는 조약은 권리를 부여하는 조약에 비해 남용 가능성이 훨씬 더 크다는 현실 인식에서 비롯된 결과일 것이다.

문제는 비엔나 조약법협약 제35조와 제36조가 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 제대로 설명할 수 있는지에 있다. 대세적 효력을 갖는 조약들은 조약상 일정한 권리 및 의무가 ‘모든 국가’에 적용된다고 규정하거나, 혹은 적용 대상 자체를 전혀 명시하지 않는다. 예컨대, 1888년 수에즈 운하 협정 제1조 1문은 수에즈 운하가 ‘모든 선박’에게 개방된다고 규정한다. 한편, 제1조 3문에 따르면, ‘수에즈 운하는 절대로 해상봉쇄권 행사의 대상이 되어서는 안 된다.’ 1959년 남극조약 제1조 및 제2조도 적용 대상을 명시하지 않는다. 제1조에 따르면, ‘남극은 오직 평화적 목적으로만 사용되어야 한다.’ 제2조에 따르면, ‘남극 과학 조사의 자유와 이를 위한 협력은 (...) 지속된다.’ 이러한 조약들은 일반적·추상적 제3국을 적용 대상으로 전제한다. 특히 조약상 의무를 부과 받는 제3국을 반드시 특정하고 있지는 않다는 사실에 주목할 필요가 있다. 이는 비엔나 조약법협약 제35조로 설명되기 어렵다. 동조는 특정한 제3국에게 의무를 부과하는 경우만을 상정하기 때문이다.

객관적 체제 설정 조약 개념이 필요한 이유가 바로 여기에 있다. Waldock 초안 제63조 1항은 객관적 체제 설정 조약이 ‘일반적 권리’ 및 ‘일반적 의무’를 창설한다고 표현한다. 국제법위원회 회의에서 Castrén 위원은 제63조상 ‘일반적 의무’와 ‘일반적 권리’의 의미가 불명확하며, 제63조의 주석도 이를 충분히 규명하지 못했다고 비판했다.<sup>862)</sup> 그러나 Waldock 특별보고관이 이 표현을 사용한 것은 다분히 의

862) 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 102, para. 33.

도적이다. 즉 이는 객관적 체제 설정 조약이 제3자적 조약 개념과 달리 일반적·추상적 제3국을 전제한다는 점을 반영한다. Castrén 위원 의견과 달리 ‘일반적 권리 및 의무’는 추상적이고 모호한 표현이 아니며, 객관적 체제 설정 조약의 성격을 가장 잘 드러내는 핵심 요소이다.

국제법위원회의 Rosenne 위원은 이 사실을 정확히 파악했다. 그는 제62조상 제3자적 조약과 제63조상 객관적 체제 설정 조약이 서로 엄격히 구별되어야 할 이유를 다음과 같이 설명했다. 제62조에서 언급한 제3국의 권리 및 의무는 특정한 국가에게만 적용된다. 반면, 제63조에서 언급한 제3국의 권리 및 의무는 조약의 주제에 이해관계를 가진 모든 국가에게 적용된다.<sup>863)</sup> 달리 설명하자면, 제3자적 조약 개념은 조약 당사국과 특정 제3국 간 체결되는 부수적 합의, 즉 계약으로서의 성격이 강하다. 반면, 객관적 체제 설정 조약은 적용 범위가 전 세계 모든 국가들로 언제든 확장될 가능성을 내포한다. 이 점에서 성질상 계약보다는 입법에 더 가깝다고 할 수 있다.

### Ⅲ. 영역 중심적 규율

제3자적 조약 개념이 개별적·구체적 제3국을 전제한다는 것은 동 개념이 조약의 인적 적용 범위에 초점을 맞추고 있음을 의미한다. 즉 제3자적 조약에서 최대 관심사는 조약이 누구에게, 즉 어떤 제3국에게 권리·의무를 발생시키는가이다. 그러나 특정 영역에 법적 지위를 설정하는 대부분의 조약들에서는 조약의 인적 적용 범위보다 영토적 적용 범위가 더 중요한 문제이다. 이러한 조약들은 영역을 이용하는 모든 국가들, 즉 일반적·추상적 제3국을 조약 적용 대상으로 예정한다. 따라서 조약이 적용되는 제3국이 누구인지 특정하는 것보다 조약상 법체제가 적용되는 영역의 범위를 특정하는 것이 더 중요한 관심사가 된다.

특정 영역에 법적 지위를 설정하는 조약들의 예를 살펴보면 조약의 인

---

863) 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 104, para. 55.



적 적용 범위보다 물적 적용 범위를 더 중요한 문제로 취급하고 있음을 확인할 수 있다. 우선, 1959년 남극조약 제1조 1항에 따르면, ‘남극은 오직 평화적 목적으로만 사용되어야 한다.’ 동 조항에서는 누가 남극을 평화적 목적으로 사용해야 하는지에 대해서는 전혀 언급하지 않는다. 이는 제2조도 마찬가지이다. ‘남극 과학 조사의 자유와 이를 위한 협력은 (...) 지속된다.’ 남극조약 제4조 2항과 제5조 1항도 이와 마찬가지로 행위 주체를 명시하지 않는다. 반면, 제3조, 제7조, 제8조 등 다른 조항에서는 행위 주체를 ‘조약 당사국’으로 명시한다. 한편, 남극조약 제4조는 동 조약이 ‘모든 빙붕(ice shelves)을 포함한 남위 60도 이남의 지역’에 적용된다고 규정한다. 인적 적용 범위와 달리, 영토적 적용 범위는 구체적으로 적시하고 있는 것이다.

1995년 M/S Estonia 협정도 마찬가지이다. 협정 제2조는 다음과 같이 규정한다. ‘M/S Estonia 호와 제2조에서 정의된 그 주변 지역은 이 사건 희생자들의 마지막 안식처로 간주되며 적절한 존중을 요한다.’ 동 조항은 행위 주체, 즉 누가 이 지역을 ‘이 사건 희생자들의 마지막 안식처로 간주’ 하며 ‘적절한 존중’을 표해야 하는지에 대해서는 구체적으로 밝히지 않는다. 이와 대조적으로 제3조 이하에서는 조약 당사국을 행위 주체로 명시한다. 한편, 동 협정 제2조는 ‘마지막 안식처’에 해당하는 지역의 지리적 범위를 구체적으로 규정한다.

1982년 UN해양법협약 제136조는 심해저와 그 자원을 ‘인류의 공동 유산’으로 선언한다. 제137조는 인류의 공동 유산이라는 법적 지위가 어떤 의미를 갖는지를 구체적으로 설명한다. ‘어떤 국가도 심해저 및 그 자원의 어느 부분에 대해서도 주권 또는 주권적 권리를 주장할 수 없다.’ (제137조 1항). ‘심해저의 자원에 대한 모든 권리는 인류 전체에 귀속된다.’ (제137조 2항). ‘어떠한 국가나 자연인 또는 법인도 이 부에 합치되는 경우를 제외하고는 심해저의 자원을 소유 및 취득하거나 이에 관한 권리를 행사할 수 없다.’ (제137조 3항). 제137조는 인류의 공동 유산으로서 심해저가 갖는 법적 지위가 모든 국가와 비국가 행위자들에 의해 존중되어야 한다고 규정한다. 즉 일반적·추상적 인적 적용 대상을

전제한다. 반면, ‘심해저’의 범위에 대해서는 협약 제1조 1항에서 비교적 구체적으로 규정한다. 이에 따르면, 심해저란 ‘국내관할권 이원에 위치한 해저, 해상 및 그 하층토’를 의미한다.

1967년 우주조약과 1979년 달 조약도 우주공간이라는 특정 영역에 일정한 법적 지위를 설정하는 데 초점이 맞춰져 있다. 우주조약 제1조에 따르면, 우주공간의 탐사 및 이용은 ‘모든 국가의 유익을 위해 수행’되어야 하며, 우주공간은 ‘인류 전체에 속한 영역’이다. 제2조에 따르면, 우주공간은 ‘주권 주장에 의해 일국의 전용물이 되지 아니한다.’ 이 두 조항 모두 행위의 주체를 전혀 언급하지 않는다. 반면, 조약의 물적 적용 대상인 ‘우주공간’이란 ‘달과 기타 천체’를 포함한 것이라고 분명히 규정한다.

1979년 달조약도 마찬가지이다. 달조약 제2조에 따르면, ‘탐사 및 이용을 포함하여 달에서 수행되는 모든 행위는 국제법에 합치하도록 수행되어야 한다.’ 제4조 1항에 의하면, ‘달의 탐사 및 이용은 모든 인류에 속한 영역이며, 모든 국가의 유익 및 이해(利害)를 위해 수행되어야 한다.’ 한편, 제1조는 조약의 물적 적용 범위를 명확하게 규정한다. ‘달에 관한 동 조약의 규정들은 (...) 태양계 내의 기타 천체에 대해서도 적용된다’ (제1조 1항). ‘동 조약의 목적상 달이란 그 궤도 및 기타 궤적을 포함한다’ (제1조 2항). ‘동 조약은 자연적 수단으로 지구의 표면에 도달하는 외계 물질에 대해서는 적용되지 아니한다’ (제1조 3항).

상기 조약 규정들은 모두 특수한 영역에 법적 권리의무관계를 부차시키는 데 주된 목적이 있다. 또한 인적 적용 범위가 조약 당사국 및 특정 제3국으로 한정되지 않으며, 이 영역을 이용하는 모든 국가로 확장될 가능성을 내포한다. 해당 영역을 이용하는 모든 국가에는 현재 이를 이용하는 국가들뿐만 아니라 앞으로 이를 이용할 수 있는 잠재적 이용국도 포함된다. 이러한 조약들을 제3자적 조약 개념으로 충분히 설명할 수 없음은 분명하다. 제3자적 조약 개념은 조약이 적용되는 제3국이 특정될 것을 전제하지만, 이러한 조약들은 영역을 이용하는 모든 국가에게 적용될 것을 전제한다. 따라서 조약이 적용될 영역을 특정하는 데 더 큰 관

심을 보인다. 조약의 대상 및 목적이 바로 특정 영역의 법적 지위를 규율하는 데 있기 때문이다.

이와 관련하여, Fitzmaurice의 인적 조약과 물적 조약의 구분을 참고할 필요가 있다. Fitzmaurice는 특정 영역의 국제적 지위에 영향을 미치는 조약과 일국에게 특정 영역에 관한 인적 의무만을 창설하는 조약은 엄연히 서로 구별된다고 보았다.<sup>864)</sup> 예컨대, Åland 섬의 비무장화·중립화 조약의 당사국들의 의도는 해당 영역에 영속적 체제를 설정하는 것이었다. 이는 본래 조약에서 비롯된 것이나, 순수한 계약적 성격은 사라지고 ‘지위’의 문제가 된다.<sup>865)</sup> 이에 따르면, 제3자적 조약은 인적 조약의 성격을 가지며, 특정 영역에 국제적 지위를 설정하는 조약은 불적 조약의 성격을 가진다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 객관적 체제 설정 조약 개념은 기본적으로 영토적 속성을 가진다. 특정 영역에 관한 규율을 목적으로 하기 때문이다. 객관적 체제 설정 조약 개념은 특정 영역에 설정된 객관적 법체제, 또는 법적 권리의무관계를 영속적으로 유지하는 데 초점이 맞춰져 있다. 따라서 위와 같은 조약들은 제3자적 조약 개념보다는 객관적 체제 설정 조약 개념으로 설명하는 것이 조약의 대상과 목적에 더 잘 부합할 것이다. 동 개념은 영역의 이용관계 규율이라는 조약 목적을 달성하기 위해 이 영역을 이용하는 모든 국가들에게 일정한 권리 및 의무를 부과한다.

여기서 한 가지 의문이 제기된다. 물론 이론적 정합성의 측면에서는 위와 같은 조약의 대세적 효력 현상을 제3자적 조약 개념보다 객관적 체제 설정 조약 개념으로 다루는 것이 더 바람직할 것이다. 하지만 실용적인 측면을 고려했을 때도 과연 그러한가? 두 개념이 이론적인 측면에서만 차이가 있으며, 현실에서의 적용 결과 아무런 차이가 없다면, 굳이 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 개념을 도입할 실익이 없을 것이다. 객관적 체제 설정 조약 개념의 현실적 필요성에 대해서는 이하에서

---

864) G. Fitzmaurice, 'The Juridical Clauses of the Peace Treaties', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 73 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1949), pp. 293-294.

865) Ibid, pp. 294-295.

구체적으로 살펴보기로 한다.

#### Ⅳ. 제3국 무임승차의 규제

특정한 영역의 법적 지위를 규율하는 조약에 있어 핵심 쟁점은 조약으로 설정된 법적 지위가 계속 유지될 수 있는지 여부이다. 대상 영역을 이용하는 모든 국가들이 조약 당사국이라면, 모든 이용국들이 조약의 직접적 규율을 받게 된다. 이때 조약상 규정된 영역의 이용 규칙을 위반한 국가들은 조약 위반으로서 국제적 책임을 지게 될 것이다. 문제는 모든 이용국들이 조약에 가입하지는 않은 경우에 발생한다. 조약의 적용 대상 영역이 더 많은 국가의 이용에 개방될수록 이러한 문제가 발생할 가능성이 커진다. 모든 국가의 접근에 개방된 국제공유지(Global Commons)의 경우 특히 이러한 문제점이 두드러진다. 국제공유지의 이용 관계를 규율하는 조약의 당사국이 아닌 이용국이 조약의 대상 및 목적을 훼손하는 행위를 한다면, 이를 어떻게 규제할 것인가? 예를 들어 비당사국이 국제공유지의 자원을 과잉 개발 혹은 남획하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이러한 행위는 국제공유지를 이용하는 다른 국가들에게 큰 영향을 미친다. 그러나 국제공유지 관련 조약의 당사국이 아니므로, 조약 위반에 대한 국제적 책임을 지지는 않는다.

이러한 국가들이 바로 무임승차하는 제3국이다. 무임승차하는 제3국들은 영역 이용에 관한 조약상 권리만 향유하고 이에 따르는 의무는 부담하지 않으려고 한다. 예컨대, 국제수로 X에 인접국 甲과 乙이 조약 A를 체결하여 자유항행의 객관적 체제를 설정했다고 하자. 조약 A의 비당사국인 丙은 수로 X를 빈번하게 이용한다. 동 조약은 모든 국가에게 자유항행을 허용하면서 동시에 X수로를 평화롭고 무해한 목적으로 항행할 것을 요구한다. 丙국이 전쟁의 목적으로 군수물자를 싣고 X수로를 항행한다고 하자. 이 경우가 바로 무임승차하는 제3국에 해당한다. 무임승차하는 제3국이 자유개방된 영역을 마음대로 이용함으로써 조약 전체의 대상 및 목적이 저해되는 문제가 발생할 수 있다.

이러한 문제를 제3자적 조약 개념으로 해결할 수 있는가? 앞에서 살펴 보았듯이, 제3자적 조약 개념은 조약 당사국이 특정 제3국과 부수적 합의를 체결하는 경우를 상정한다. 만약 丙국이 일찍이 A 조약의 당사국들과 이러한 합의를 한 바 있다면, 丙국의 행위는 비엔나 조약법협약 제35조상 조약의 제3국으로서 부담하는 의무를 위반한 것이 된다. 그러나 丙국이 이러한 합의를 하지 않았다면 어떻게 되는가? 이때 丙국은 A 조약에 의한 반사적 이익만 누리는 국가로서 동 조약과 어떠한 법적 관련성도 가지지 않는다. 따라서 丙국은 아무런 법적 의무도 부담하지 않으며, A 조약에 반하는 행위를 하더라도 국제 책임이 발생하지 않는다. 만약 丙국의 무임승차 행위로 인해 조약의 대상과 목적이 크게 훼손된다면 문제는 더욱 심각해질 것이다. 이러한 국가를 효과적으로 제재할 법적 수단이 없기 때문이다.

Fitzmaurice 특별보고관은 이러한 문제는 국가들의 ‘일반적 의무’ 개념으로 해결되므로 굳이 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 개념을 도입할 필요가 없다고 보았다.<sup>866)</sup> Fitzmaurice 초안 제18조 1항에 따르면, 모든 국가들은 타국간 체결된 합법적이며 유효한 조약으로 창설된 법률관계 또는 사실관계를 인정·존중할 의무를 부담한다.<sup>867)</sup> 그러나 Waldock 특별보고관은 현행 국제법상 이러한 의무는 존재하지 않는다고 반박했다.<sup>868)</sup> 이하에서 살펴볼 사례들에서도 무임승차하는 제3국의 문제가 제기되었으나 이러한 비당사국들의 ‘일반적 의무’ 위반은 주장되지 않았다. 이러한 ‘일반적 의무’를 도덕적 책무로 볼 수는 있으나, 국제법상 일반적으로 인정되는 법적 의무로 확립되었다고 보기는 어렵다.

무임승차하는 제3국의 문제가 실제로 거론된 사례로서 우선 M/S Estonia 사건을 들 수 있다. 제3장에서 살펴보았듯이, 에스토니아와 핀란드, 스웨덴은 1995년 M/S Estonia 협정을 체결하여 난파선을 인양하지 않고 난파선 무덤을 조성하기로 합의했다. 그런데 2000년 미국과 독일 국적의 사람들이 M/S Estonia의 잔해를 수색하는 작업에 착수했다. 미국

866) Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II, p. 98, para. 71.

867) Ibid, p. 80.

868) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 28, para. 5.

과 독일은 협정 당사국이 아니므로, 자국민의 이러한 행위를 금지할 법적 의무가 없다. 이 사건은 M/S Estonia의 침몰 원인을 규명하려는 목적에서 시작되었으므로 그다지 심각한 반발은 불러일으키지 않았다. 그러나 만약 비당사국의 국민이 도굴 등의 목적으로 난파선 무덤을 침범했다면 이야기는 달라졌을 것이다. 2001년 UNESCO 수중문화재협약의 전문은 수중문화재의 보호 및 보존이 당사국 여부를 떠나 전 세계 모든 국가의 협력을 요하는 사안임을 잘 보여준다. 전문 제2문에 따르면, UNESCO 총회는 ‘수중문화유산의 보호 및 보존의 중요성과, 따라서 모든 국가가 이에 대한 책임을 가진다는 사실을 인식’ 한다.

제3국 무임승차에 관한 두 번째 사례는 공해 어족자원의 보존 문제이다. 공해의 어족자원은 전 세계 모든 국가에게 개방된 자원이다. 그러나 남획 등으로 인한 문제가 심각해져 이를 규율하고자 1995년 UN어족자원협약이 마련되었다. 아래에서 확인할 수 있듯이, 동 협약 중 일부 조항은 제3국의 무임승차 문제를 염두에 두고 기초된 것으로 보인다. 전반적으로 1997년 협약의 문언 및 맥락을 고려해 보건대, 비록 협약에서 객관적 효력을 명시적으로 언급하진 않았으나, 협약의 적용 대상이 당사국들로만 제한되지 않음은 분명하다.<sup>869)</sup>

우선 협약 제8조 4항에 따르면, 지역적 어업관리기구나 어업관리협정에 소속되거나, 또는 동 기구 및 협정상 어족자원 보존·관리 조치의 적용에 동의한 국가들만 동 조치가 적용되는 어족자원에 접근할 수 있다. 1995년 협정을 제한적으로 해석해야 한다는 견해에 따르더라도, 동 조항은 무임승차하는 제3국을 규제하려는 목적을 가진다.<sup>870)</sup> 무임승차자에 대한 효과적 규제뿐만 아니라, 제8조 4항이 일반적·추상적 제3국, 즉 ‘국가들’을 행위 주체로 규정한 것으로 보아 1995년 협약을 객관적 체제 설정 조약으로 보아야 한다는 입장도 있다.<sup>871)</sup> 한편, 제8조의 내용이

869) Barnes, *supra* note 16, p. 117.

870) Proelss, 'Article 34. General Rule Regarding Third States', *supra* note 2, p. 641; E. Franckx, 'Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea', *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8 (2000), p. 63.

관습국제법의 발전을 유도하는 것이라는 평가도 있다.<sup>872)</sup>

다음으로 협약 제17조 1항에 따르면, 지역적 어업관리기구나 어업관리 협정에 전혀 소속되지 않은 국가라도 UN해양법협약 및 동 협약에 따라 경계 왕래 어족자원의 보호·관리를 위한 협력 의무에서 벗어나지 못한다. 제17조 1항이 비당사국에 대해 구속력을 갖지 못한다면, 무임승차자의 문제가 발생할 수 있다. 특히 주요 원양어업 국가들이 동 협약의 당사국이 되지 않는다면 공해 어족자원의 보존 및 관리에 큰 차질을 빚을 수 있다.<sup>873)</sup>

협약 제33조는 비당사국들을 명시적으로 언급한다. 제33조 1항에 따르면, 협약 당사국들은 비당사국들로 하여금 동 협약 당사국이 되도록 장려해야 한다. 중요한 것은 제33조 2항이다. 이에 따르면, 협약 당사국들은 ‘동 협약의 효과적 이행을 저해하는 비당사국 선박들의 행위를 방지하는’ 조치를 취해야 한다. 1997년 협약의 목적은 제2조에서 규정한다. ‘동 협약의 목적은 협약 내 관련 규정의 효과적 이행을 통해 경계성 왕래 어족 자원 및 고도 회유성 어족 자원의 장기적 보존 및 지속 가능한 이용을 보장하는 데 있다.’ 따라서 협약 당사국들은 제33조 2항에 의해 이러한 어족 자원의 보존 및 지속 가능한 이용을 저해하는 비당사국 선박의 행위를 규제할 권한을 명시적으로 부여받는다.

이처럼 수중문화유산과 공해 어족자원의 보호에 관한 조약들은 무임승차하는 제3국들로 인해 조약의 대상 및 목적이 저해될 수 있음을 잘 보여준다. 무임승차하는 제3국들을 막기 위해서는 당사국과 비당사국을 일률적으로 규율하는 객관적 체제 설정 조약 개념이 인정될 필요가 있다. 물론 해당 조약이 관습국제법화됨으로써 모든 국가들을 구속할 가능성도 존재한다. 그러나 조약의 대상 및 목적의 심각한 훼손을 막기 위해 국제

---

871) G. Dahm, J. Delbrück & R. Wolfrum, *Völkerrecht: Begründet von Georg Dahm*, Bd. 1(2) (Berlin; New York: W. de Gruyter, 2002), p. 397.

872) A. Serdy, *The New Entrants Problem in International Fisheries Law* (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2016), p. 46.

873) L. Juda, 'The 1995 United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks: A Critique', *Ocean Development and International Law*, Vol. 28 (1997), p. 155.

적 규율이 시급한 상황에서 관습법으로의 발전을 마냥 기다릴 수는 없다. 또한 무임승차하는 제3국이 존재한다는 사실은 모든 국가의 일반적 관행과 법적 확신이 일치하기 어렵다는 현실의 반증이다. 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 관습국제법으로 충분히 설명할 수 있는지의 문제는 이하에서 보다 상세히 살펴보도록 하겠다.

### 제 3 절 관습국제법과의 비교

비엔나 조약법협약은 조약이 제3국을 구속할 수 있는 방법으로 제3자적 조약과 관습국제법, 이 두 가지만 인정한다. 조약법협약 제38조의 문언으로부터 이 점을 확인할 수 있다. 동조는 다음과 같이 규정한다. ‘제34조 내지 제37조 중 그 어떤 내용도 조약에 규정된 규칙이 관습국제법으로서 제3국을 구속하게 되는 것을 배제하지 아니한다.’ 이에 따르면, 조약은 제34조 내지 제37조에 규정된 제3자적 조약의 형태로서 뿐만 아니라 관습국제법으로서 제3국을 구속할 수도 있다. 그러나 제38조는 이 두 가지 이외의 다른 형태, 즉 객관적 체제 설정 조약이라는 특수한 조약으로서 제3국을 구속할 가능성에 대해서는 침묵한다. 제38조에 대한 국제법위원회 주석에 따르면, 위원회는 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 이 두 가지 개념만으로도 충분히 설명할 수 있다고 보았다.<sup>874)</sup>

앞서 제2절에서는 조약의 대세적 효력 현상이 제3자적 조약 개념으로 충분히 설명될 수 없음을 확인했다. 그렇다면 제3자적 조약 개념으로 설명하지 못하는 부분을 관습국제법 개념으로서 설명할 수 있는가? 만약 그렇다면 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 개념을 조약법상 굳이 인정할 필요가 없을 것이다. 따라서 대세적 효력이 인정되는 조약 중에서 이러한 현상을 제3자적 조약 개념뿐만 아니라 조약의 관습국제법화로 충분히 다룰 수 없는 경우가 있는지 검토해 보아야 한다.

사실 객관적 체제 설정 조약과 조약 규정의 관습국제법화는 성립 과정

---

874) Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 231, para. 4.



에 있어 상당한 유사성을 보인다. *North Sea Continental Shelf* 사건에서 ICJ는 조약 규정이 관습국제법으로 발전했다고 인정되기 위해 충족해야 할 세 가지 조건을 제시했다. 첫째, 해당 조약 규정이 법원칙의 기초를 구성한다고 볼 수 있을 정도로 근본적인 규범창설적 성질(fundamentally norm-creating character)을 가져야 한다.<sup>875)</sup> 둘째, 특별한 이해관계국을 포함하여 광범위하며 대표적인 국가들이 조약에 참여해야 한다.<sup>876)</sup> 셋째, 비교적 짧은 시간만 경과했더라도, 이 기간 동안 특별한 이해관계국들을 포함한 국가들의 관행이 광범위하고 실질적으로 일관(both extensive and virtually uniform)된다면 관습국제법이 성립할 수 있다. 이것이 새로운 법원칙 또는 법적 의무와 관련된다는 일반적 인식(general recognition)도 반영되어야 한다.<sup>877)</sup> 객관적 체제 설정 조약 역시 당사국들이 규범창설적 조약으로 의도해야 하며, 특정 영역에 법체제를 설정할 권한을 가진 국가들이 당사국으로 참여해야 하고, 제3국의 동의가 요구된다.

그럼에도 Waldock 특별보고관은 객관적 체제 설정 조약이 다음 두 가지 점에서 조약 규정의 관습국제법화와 구별된다고 보았다. 첫째, 전자의 경우 조약이 직접 제3국을 구속하지만, 후자의 경우에는 그렇지 않다.<sup>878)</sup> 조약 규정이 그 자체로서 제3국을 구속하는 경우와 관습국제법이 됨으로써 제3국을 구속하는 경우는 규율의 내용적 측면에서 상당한 차이가 있다. 전자는 후자에 비해 구체적이며 체계적 성격의 규범을 포함할 가능성이 더 높다. 둘째, Waldock 특별보고관은 양자가 신속한 성립 가능성에 있어 구별된다고 보았다. 즉 관습국제법이 형성되기까지는 비교적 오랜 기간이 소요되지만, 객관적 체제 설정 조약은 짧은 시간 내에 국제법질서로 편입된다.<sup>879)</sup> 그러므로 비교적 단기간 내에 대세적 효력을 갖는 구체적·체계적 규율이 성립될 필요가 있는 분야에서는 관습국제법보다 객관적 체제 설정 조약 개념이 더 유용할 것이다. 객관적 체제 설

875) *North Sea Continental Shelf*, Judgment: I.C.J. Reports 1969, pp. 41-42, para. 72.

876) Ibid, p. 42, para. 73.

877) Ibid, p. 43, para. 74.

878) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 27, para. 2.

879) 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 105, para. 69.

정 조약은 조약과 관습국제법의 중간적 성격을 갖는 규범으로서, 새로운 국제적 입법 수단으로 인정될 필요가 있다.

## I. 구체적 · 체계적 규율

관습국제법은 구체적 · 체계적이기보다는 다소 추상적이며 모호한 규범인 경우가 대부분이다. 다르게 표현하자면, 관습국제법은 절차법보다는 실체법적 내용만으로 구성될 가능성이 높다. 이는 관습국제법의 성립 과정을 고려했을 때 필연적인 결과이다. 관습국제법이 성립하기 위해서는 ‘일반적 관행(*general practice*)’이 요구된다. ICJ 규정 제38조 1항 (b)는 국제관습을 ‘법으로 수락된 일반관행의 증거’라고 표현한다. *North Sea Continental Shelf* 사건에서 ICJ는 어떤 조약 규정이 관습국제법으로 발전하기 위해서는 이에 대한 ‘광범위하며 대표적인 참여’가 있어야 한다고 보았다.<sup>880)</sup> 즉 관습국제법은 ‘일반화된 국가관행’이라고 할 수 있다.<sup>881)</sup> 물론 국가관행의 구체적 면모는 각국마다 다를 것이다. 이러한 관행들로부터 추출된 공통분모가 바로 ‘일반적 관행’이다. 일반화된 국가관행은 추상적 법원칙의 형태를 가질 가능성이 높다. 이러한 법원칙을 구체적으로 이행하는 방식은 국가마다 다를 것이므로, ‘일반적 관행’으로 보기는 어려울 것이다.

그렇다면 ‘일반화된 국가관행’으로서의 관습국제법이 조약의 대세적 효력 현상을 충분히 설명할 수 있는가? 물론 대세적 효력을 갖는 조약 규정 중에는 실체법적 사항만 규율하는 경우도 있다. 대표적 사례로 1888년 수에즈 운하 협정 및 1977년 파나마 운하 조약 등이 있다. 이 조약들은 모든 국가의 선박에게 운하를 자유롭게 이용할 권리 및 이를 평화적으로 이용할 의무를 부과한다. 그러나 대세적 효력을 갖는 조약 규정 중 실체법적 사항과 절차법적 사항이 밀접히 관련된 경우도 존재한다. 실체적 권리의무를 실현하기 위한 수단으로서 국제적 기관을 설립하

880) *North Sea Continental Shelf*, Judgment: I.C.J. Reports 1969, p. 42, para. 73.

881) Trindade, ‘Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systemization of the Practice of States’, *supra* note 330, p. 94.

거나 일정한 절차를 거치도록 하는 규정 등이 이에 해당할 것이다. 특히 환경 관련 조약에서 이와 같은 경우를 많이 발견할 수 있다. 환경 조약들은 현재 당면한 환경 문제를 해결하기 위한 구체적 방안을 제시하는데 주된 목적이 있기 때문이다.

환경 분야는 대세적 효력을 갖는 조약이 가장 빈번하게 등장하는 분야 중 하나이다. 많은 환경 문제들은 초국경적으로 발생하며, 국가간 협력 및 공동의 노력을 요구하기 때문이다. 예를 들어 일부 지역에서 발생한 대기 오염은 대기 순환 과정을 통해 전 지구적으로 확산될 우려가 있다. 따라서 이를 효과적으로 규제하기 위해서는 각국의 개별적 노력만으로는 부족하며, 국제적 차원에서의 규제 및 협력이 필요하다.<sup>882)</sup> 관습국제법이 과연 이러한 역할을 잘 감당해 낼 수 있는가? Barnes에 의하면, 관습국제법은 그 특성상 각국의 환경 관련 활동들을 효과적으로 규제하기 어렵다.<sup>883)</sup> 우선 환경 조약에서는 각국이 달성해야 할 구체적인 목표 수치를 제시하는 경우가 빈번한데, 이러한 구체적인 수치가 관습국제법으로 인정되어 모든 국가들을 구속할 수 있을지는 불확실하다.<sup>884)</sup>

환경 조약 중에서는 특정 지역에서의 국가들의 행위가 그 지역의 환경에 부정적 영향을 미치는 것을 막기 위해 환경영향평가를 실시할 의무를 부과하는 경우도 있다. 대표적인 사례로 1988년 ‘남극광물자원활동의 규율에 관한 협약’ (‘CRAMRA’) 제4조를 들 수 있다. 제4조 2항에 따르면, 어떤 남극광물자원활동도 환경영향평가를 거치지 않고서는 행해질 수 없다. 제4조 2항, 3항, 4항은 환경영향평가에 있어 국가들이 반드시 고려해야 할 구체적인 기준들을 제시한다. CRAMRA를 대체한 1991년 ‘남극환경보호의정서’도 제3조에서 남극에서 행해지는 모든 활동에 대해 환경영향평가가 반드시 실시되어야 한다고 규정하면서 구체적인 평가 기준들을 제시한다. 이러한 구체적인 평가 기준들이 관습국제법으로 발전해서 모든 국가들을 구속하게 될 수 있는가? 그렇게 되기 위해서는 이러한 관행이 특별한 이해관계국을 포함한 광범위한 국가들에서 일반적으

882) 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』, *supra* note 12, p. 729.

883) Barnes, *supra* note 16, p. 121.

884) Ibid.

로 나타나야 하며, 국가들이 이를 법적 의무로 인식해야 한다.

각국이 환경 조약상 의무를 제대로 이행하는지 감시하기 위해 조약상 감시기구를 설립하는 경우도 있다. 예컨대, 1991년 남극환경보호의정서는 감시기구로서 환경보호위원회를 설립했다(제11조). 위원회는 의정서의 이행 상황과 관련하여 당사국들에게 권고 및 조언을 한다(제12조). 1998년 의정서 발효 이후 위원회는 매년 회기를 가져왔으며 남극의 환경 보호 실행과 관련하여 가이드라인 및 절차를 제시하는 등 상당량의 작업을 해냈다.<sup>885)</sup> 1991년 남극환경보호의정서상 환경보호의무 관련 규정들이 관습국제법으로 발전해서 비당사국들을 구속한다고 가정해 보자. 관습국제법화된 의정서상 환경보호의무와 의정서상 감시기구인 환경보호위원회는 어떤 관계에 놓이는가? 환경보호위원회가 비당사국들이 관습국제법상 부담하는 환경보호의무에 대해 감시 및 권고할 수 있는가? 환경보호위원회는 의정서상 환경보호의무의 효과적 이행을 보장하기 위해 필수적인 기관이다. 그러나 관습국제법으로는 이러한 감시기관을 설립하는 것이 불가능하다.<sup>886)</sup>

절차법적 사항, 즉 구체적인 목표 수치 또는 환경영향평가의 기준 등을 제시하거나 감시기구를 수립하는 것은 많은 환경 조약들에서 핵심적인 규율 내용에 해당한다. 이러한 절차법적 조약 규정들이 관습국제법으로 발전함으로써 당사국을 넘어 모든 국가들을 구속하는 대세적 효력을 갖게 될 수 있는가? 이처럼 상당한 구체성·체계성을 갖는 규범들이 관습국제법으로 인정되기 위해서는 ‘일반화된 국가관행’이 되어야 한다. 환경보호의무라는 실체법적 사항에 대해서는 국가간 이견이 존재할 가능성이 비교적 낮다. 환경을 보호해야 할 필요성에 대해서는 전 세계적인 공감대가 형성되기 때문이다. 그러나 이러한 의무를 이행할 구체적 방안에 대해서는 각국의 견해가 엇갈릴 가능성이 상당히 높다. 구체적인 목표 수치, 감시기구의 권한 등은 각국의 이해관계가 첨예하게 대립하는

---

885) '25 Years of the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: Committee for Environmental Protection', Secretariat of the Antarctic Treaty, Buenos Aires (2016),  
[[http://www.ats.aq/documents/atcm39/ww/atcm39\\_ww007\\_e.pdf](http://www.ats.aq/documents/atcm39/ww/atcm39_ww007_e.pdf)], pp. 14-15.

886) Barnes, *supra* note 16, p. 121.

사항이기 때문이다.

이처럼 성질상 일반화될 수 있는 규범만 관습국제법으로 발전할 수 있다.<sup>887)</sup> 따라서 성질상 일반화가 불가능한 규범이 갖는 대세적 효력은 관습국제법 개념으로 설명할 수 없다. 객관적 체제 설정 조약 개념이 필요한 이유가 바로 여기에 있다. 객관적 체제 설정 조약은 ‘조약’의 형태를 가지기 때문에, 복잡한 사안을 구체적이며 체계적으로 다뤄야 하는 경우 관습국제법보다 훨씬 더 유리한 위치에 있다.<sup>888)</sup>

## II. 신속한 성립 가능성

앞에서 살펴본 대세적 효력을 갖는 조약들은 대부분 관습국제법의 형성을 기다리지 않고 그 자체로서 제3국에게 법적 권리·의무를 발생시킬 것을 의도한다. Åland 사건에서 국제법률가위원회는 Åland 제도의 비무장화에 관한 1856년 협약이 유럽의 공익을 지키는 ‘유럽의 법’으로서 비당사국인 핀란드에게도 적용된다고 판단했다.<sup>889)</sup> 1888년 수에즈 운하 협정과 1901년 Hay-Pauncefote 조약, 1919년 베르사유 조약은 각각 수에즈 운하와 파나마 운하, 킬 운하를 자유롭게 통항할 권리를 모든 국가의 선박에게 직접 부여했다. 1959년 남극조약도 모든 국가들에게 남극을 평화적으로 이용할 의무와 자유롭게 과학 조사를 실시할 권리를 부여한다. 1982년 UN해양법협약 제136조는 심해저와 그 자원에 ‘인류의 공동유산’이라는 법적 지위를 부여했다. 그 결과 ‘어떤 국가도 심해저 및 그 자원의 어느 부분에 대해서도 주권 또는 주권적 권리를 주장할 수 없’

---

887) C. Carr & G. Scott, 'Multilateral Treaties and the Environment: A Case Study in the Formation of Customary International Law', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 27, Issue 2 (1999), p. 320.

888) Barnes, *supra* note 16, p. 126; G. Tunkin, 'Is General International Law Customary Law Only?', *European Journal of International Law*, Vol. 4 (1993), p. 540.

889) 'Report of the International Committee of Jurists Entrusted by the Council of the League of Nations with the Task of Giving an Advisory Opinion upon the Legal Aspects of the Aaland Islands Question', *League of Nations Official Journal*, Special Supplement No. 3 (1920), p. 17.

으며(제137조 1항), ‘심해저 자원에 대한 모든 권리는 인류 전체에 귀속된다’ (제137조 2항). 1967년 우주조약 제1조도 우주공간이 ‘인류 전체에 속한 영역’임을 확인하며, 따라서 우주공간의 탐사 및 이용은 ‘모든 국가의 이익을 위해 수행되어야 한다’고 규정한다. 이는 1979년 달조약도 마찬가지이다.

이상의 조약들은 모두 비당사국에 대한 법적 효력을 비교적 신속하게 발생시킬 것을 예정한다. 조약에 관련된 사안들이 대부분 신속한 규율을 필요로 하기 때문이다. 조약의 대세적 효력이 신속하게 발생하는 현상을 관습국제법으로도 설명할 수 있는가? 관습국제법이 성립하기 위해서는 모든 국가들에 의한 해당 규범의 ‘지속적이며 일관된 이용(constant and uniform usage)’이 있어야 한다.<sup>890)</sup> 모든 국가들에 의한 지속적이며 일관된 이용이 나타나기 위해서는 비교적 긴 기간이 소요된다. 따라서 신속한 성립 가능성을 논하기엔 관습국제법은 불리한 측면이 많다.

물론 국가들의 법적 확신만 있으면 짧은 시간 내 관습국제법이 형성될 수 있다는 ‘속성관습법론’도 제기된다.<sup>891)</sup> 이에 따르면 일반적 관행은 법적 확신의 증거에 불과하며 관습국제법의 독자적 구성요건이 아니다.<sup>892)</sup> 그러나 속성관습법론에서 강조점은 시간의 단축 여부에 있지 않다. 오히려 관습국제법의 성립요건으로서 법적 확신만 요구된다는 점이 더 중요하다.<sup>893)</sup> 관습국제법의 성립에 법적 확신만 요구된다고 해서 반드시 형성 기간이 단축되리라는 보장은 없다. 법적 확신은 인식적·심리적 요소로서 외부적으로 드러나는 일반 관행 없이는 그 존재 여부를 확

---

890) See *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950, , p. 276.

891) B. Cheng, ‘United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?’, *Studies in International Space Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), p. 139.

892) Ibid, p. 138; R. Baxter, ‘Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law’, *British Yearbook of International Law*, Vol. 41 (1965), p. 300; B. LePard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications* (New York: Cambridge University Press, 2010), pp. 122-126

893) D. Mejía-Lemos, ‘Some Considerations Regarding “Instant” International Customary Law”, Fifty Years Later’, *Indian Journal of International Law*, Vol. 55, Issue 1 (2015), pp. 93-94.

인하기 어렵다.<sup>894)</sup> 따라서 일반적인 경우 법적 확신이 생기기 전 충분한 국가 관행이 축적될 것이 요구된다.

ICJ도 이와 같은 맥락에서 *North Sea Continental Shelf* 사건에서 다음과 같이 판시했다. 짧은 시간만 경과되었다고 해서 조약 규정에 근거한 새로운 관습국제법의 형성이 반드시 불가능한 것은 아니지만, 이 기간 동안 특별한 이해관계국을 포함한 국가들의 관행이 광범위하며 실질적으로 일관되어야 한다. 더 나아가 일정한 법원칙 또는 법적 의무가 관련된 사안이라는 인식이 이로부터 잘 드러나야 한다.<sup>895)</sup> 이처럼 단기간 내 관습국제법 형성은 원천적으로 불가능한 것은 아니지만 현실적으로 쉽게 인정될 수 있는 것도 아니다.

조약상 창설된 법적 체제가 조약의 발효 이후 곧바로 관습국제법으로 발전하는 경우는 실제로 매우 드물다.<sup>896)</sup> Scott와 Carr는 조약이 발효와 동시에 관습국제법으로 발전하기 위해서는 다음 세 가지 조건이 충족되어야 한다고 보았다. 첫째, 국제사회 내 충분한 수의 국가들이 동 조약을 수락해야 한다.<sup>897)</sup> 둘째, 이러한 조약으로 이해관계에 상당한 영향을 바든 국가들의 대다수가 조약 당사국이어야 한다.<sup>898)</sup> 셋째, 당사국들의 조약에 대한 유보가 허용되지 않아야 한다.<sup>899)</sup> Scott와 Carr는 후속 연구에서 41개의 국제적 환경 조약 중 이러한 조건들을 확실히 만족시키는 조약이 8개에 불과하다고 밝혔다.<sup>900)</sup> 이는 조약 규정들이 단기간 내에 관습국제법으로 발전하는 것이 얼마나 어려운 일인지를 잘 보여준다.

관습국제법과 달리 객관적 체제 설정 조약은 비교적 신속하게 대세적 효력을 발생시킬 수 있다. 관습국제법이 아닌 조약의 형태를 가지기 때문이다. 관습국제법은 성문화된 형태를 취하지 않기 때문에 언제부터 완

---

894) 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』, *supra* note 12, p. 39.

895) *North Sea Continental Shelf*, Judgment: I.C.J. Reports 1969, p. 43, para. 74.

896) Salerno, *supra* note 16, p. 230.

897) G. Scott & C. Carr, 'Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 25, Issue 1 (1996), pp. 84-87.

898) Ibid, pp. 87-90.

899) Ibid, pp. 91-92.

900) Carr & Scott, *supra* note 887, pp. 334-335.

전한 법규범으로 성립했는지를 파악하기 어렵다. 반면, 객관적 체제 설정 조약은 명문의 규정으로 구성되므로 조약이 발효함과 동시에 완전한 법규범으로 성립한다. 관습국제법은 특정한 관행이 보편적·지속적으로 축적되는 과정을 거쳐야 하나, 객관적 체제 설정 조약은 대표적 국가들의 합의만으로 성립한다. 어떤 조약 규정이 관습국제법으로 발전하는 과정에서 비당사국들의 동의는 일반적 관행 및 법적 확신의 형태로 나타나야 한다. 반면, 객관적 체제 설정 조약에 대한 제3국의 수락은 비교적 간단한 형태로 표시된다. Waldock 초안 제63조 2항 (b)에 따르면, 조약이 UN에 등록된 후 일정 기간 내에 반대 의사를 표명하지 않은 비당사국은 이를 묵시적으로 수락한 것으로 간주된다.<sup>901)</sup>

그러므로 전 세계적으로 신속한 규율을 필요로 하는 분야에 있어서는 관습국제법보다 객관적 체제 설정 조약이 더 유용할 것이다.<sup>902)</sup> 이러한 맥락에서 Waldock 특별보고관은 제63조(객관적 체제 설정 조약)과 제64조(조약 규정의 관습국제법화)의 차이를 다음과 같이 설명했다. ‘관습국제법의 형성이라는 비교적 장기간의 과정을 기다릴 필요 없이, 조약을 국제법질서의 일부로 신속히 편입시키는 수단을 제공하려는 의도 하에 기초되었다는 점에서 제63조는 제64조와 구별된다.’<sup>903)</sup>

### Ⅲ. 새로운 국제 입법 수단의 모색

과거 국제법학계에서는 관습국제법만 진정한 의미의 국제법이라는 견해가 지배적이었다. Kelsen은 국제법이란 ‘특정적 국제법(particular international law)’를 제외한 ‘일반적 국제법(general international law)’만을 의미한다고 보았다.<sup>904)</sup> 여기서 일반적 국제법이란 관습국제법을 지칭하는 표현이다.<sup>905)</sup> 조약은 특정적 규범만을 창설하는 것으로 여

901) Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II, p. 33, para. 22.

902) Salerno, *supra* note 16, p. 230; Barnes, *supra* note 16, p. 121.

903) 739th Meeting, Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I, p. 105, para. 69.

904) Kelsen, *supra* note 788, p. 19.

905) Ibid.



거졌다. Vattel에 따르면, ‘조약은 당사국만 구속하므로 보편적인 법규범이라기보다는 특정적인 법규범으로 보아야 한다.’<sup>906)</sup> 이처럼 학계에서는 관습국제법은 보편적 적용성을 가진다는 점에서 일부 국가에게만 적용되는 조약과 분명히 구별된다고 보았다. 조약은 국가간 체결되는 계약의 일종으로 취급되었다.<sup>907)</sup>

20세기 중후반으로 오면서 새로운 국제적 입법 수단으로서 조약의 역할이 거론되기 시작했다. 1962년 국제법위원회는 조약법협약 초안에서 ‘일반적 다자조약(general multilateral treaty)’이라는 개념을 새롭게 제안했다. 위원회에 따르면 일반적 다자조약이란 ‘국제법상 일반적 규범 또는 모든 국가의 공익에 관한 사안을 다루는 다자조약’이다.<sup>908)</sup> Tunkin은 일반적 다자조약 개념이 관습국제법과 조약 간 관계에 획기적 변화를 가져왔다고 평가한다.<sup>909)</sup> 일반적 다자조약은 모든 국가들의 참여를 예정했는데<sup>910)</sup>, 당시 냉전 구도 하에서 이러한 발상은 큰 반발을 불러일으켰다.<sup>911)</sup> 아직 학계에서도 보편적 적용성을 갖는 조약 개념을 받아들이기엔 시기상조였던 것으로 보인다. 조약법 성문화 작업에 특별보고관으로 참여했던 Fitzmaurice는 조약이란 단지 권리·의무의 원천만 될 뿐, 결코 법(law)의 원천은 될 수 없다고 보았다.<sup>912)</sup> 결과적으로 1969년 비엔나 조약법협약에서는 동 개념이 배제되었다.

오늘날 조약은 더 이상 국가간 계약으로만 볼 수는 없다. 제3장에서 살펴본 대세적 효력을 갖는 여러 조약 현상들이 이 사실을 뒷받침한다. 국제사회에서 발생하는 여러 문제들에 효과적으로 대응하기 위해서는 국

906) Vattel, *supra* note 418, Preliminaries, p. 77, § 24.

907) Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, *supra* note 46, pp. 159-160; Roxburgh, *supra* note 44, p. 3; Pradier-Fodéré, *supra* note 46, §888, p. 473. Cf Oppenheim, *International Law*, *supra* note 46, p. 540.

908) Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, p. 161.

909) Tunkin, *supra* note 888, p. 536.

910) 국제법위원회 초안 제8조. Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II, pp. 167-168.

911) Tunkin, *supra* note 888, p. 536.

912) G. Fitzmaurice, ‘Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law’, in F. Asbeck (ed), *Symbolae Verzijl* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1958), pp. 157-160.

제적 입법이 필요하다. 과거 국제법학계의 입장에 따르면, 오로지 관습국제법만 국제적 입법의 수단이 될 수 있다. 조약은 상대효 원칙에 따라 당사국에게만 적용되기 때문이다. 그러나 일부 조약들은 당사국을 넘어 전 세계적으로 적용될 가능성을 내포한다. 앞서서도 확인했듯이, 조약은 복잡한 사안을 구체적·체계적으로 규율할 수 있다는 점에서는 관습국제법보다 우위를 갖는다. 또한 조약은 비교적 이른 시기에 구체적 형태를 갖추므로, 신속한 규율이 필요한 분야에 있어 관습국제법보다 효과적인 규제 수단이 된다. 따라서 조약의 대세적 효력 현상을 기존 관념인 제3자적 조약 또는 관습국제법으로만 설명할 것이 아니라, 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 국제 입법 수단을 인정할 필요가 있다.

## 제 5 장 결 론

본 논문은 ‘국제법상 객관적 체제 설정 조약 개념을 인정할 필요가 있는가?’ 라는 문제의식에서 출발했다. 객관적 체제 설정 조약은 조약법 성문화 과정에서 Waldock 특별보고관이 제안한 개념이나 1969년 비엔나 조약법협약에서는 결국 제외되었다. 그러나 많은 교과서에서는 동 개념이 여전히 언급되고 있으며, 특정한 조약 체계를 객관적 체제 설정 조약으로 주장하는 논의들이 계속 등장하고 있다. 이처럼 객관적 체제 설정 조약은 비록 비엔나 조약법협약에서는 배제되었지만, 학계에서 완전히 사장된 개념은 아니다. 그렇다면 객관적 체제 설정 조약은 실제 국제사회에서 과연 인정될 수 있는 개념인가? 만약 그렇다면, 구체적으로 어떤 이유에서 이를 인정해야 하는가?

본 논문은 우선 기존 조약법 체제가 조약의 제3자적 효력 현상을 어떻게 다루고 있는지 살펴보았다. 조약법 성문화 과정에서 제시된 여러 초안들은 조약의 상대적 효력을 원칙으로 하되, 이에 대한 일정한 예외를 인정한다. 제3국에 권리를 부여하는 조약 및 의무를 부과하는 조약의 경우가 바로 그러하다. 그 외에도 조약 규정의 관습국제법화가 상대효 원칙에 대한 예외로 인정된다. 기존 조약법 체제는 이 두 가지 경우에 한해서만 비당사국에 대한 조약 규정의 구속력을 인정한다.

기존 조약법 체제가 조약의 모든 제3자적 효력 현상을 포괄할 수 있는가? 본 논문에서는 그 반례로서 대세적 효력이 인정되는 조약의 사례들을 검토했다. 이러한 조약 현상에는 크게 5가지 유형이 있다. ① 평화조약과 국제적 결정, ② 국제기구 설립 조약, ③ 위임통치·신탁통치협정, ④ 영역의 이용에 관한 조약, ⑤ 영토할양조약·국경조약. 이들은 모든 국가에게 일정한 법적 효력을 미칠 것을 의도한다. 즉 모든 국가들은 이러한 조약들의 법적 효력을 인정할 것이 기대된다. 이 점에서 다른 조약 현상들과 구별되는 특수성을 가진다. 즉 일반적인 조약들이 국가간 체결되는 일종의 계약(*traité-contrat*)이라면, 이러한 조약들은 국제질서를 형성할 의도를 담고 있다는 점에서 입법적 성격(*traité-loi*)이 인정된다. 전

자가 당사국 간 특수한 이해관계만을 규율하려는 목적을 가진다면, 후자는 이를 넘어서 국제사회 전체의 이해관계를 규율하고자 한다.

조약법 성문화 과정에서는 이러한 특수한 조약 현상을 별도로 다루어야 한다는 논의가 있었다. Lauterpacht 특별보고관은 비당사국들의 행위도 규율하는 국제입법적 성격을 가진 조약의 존재가 국제법상 인정되어야 한다고 보았다. Fitzmaurice 특별보고관은 대세적 효력을 갖는 조약 개념을 개인적으로는 지지하지 않는다고 하면서도, 이러한 조약들을 특별히 다루기 위한 규정들을 기초했다. Waldock 특별보고관은 이러한 소극적 입장을 비판하면서, ‘객관적 체제 설정 조약’ 개념을 전면적으로 인정했다. 동 개념을 다루기 위해 Waldock 초안 제63조가 특별히 마련되었다. 동조에 따르면, 조약은 다음의 경우에 객관적 체제를 설정한다.

‘조약의 문언과 체결시의 상황으로 보아 당사국들이 공공의 이익에 따라 특정 지역(...)과 관련하여 일반적 의무 또는 권리의 창설을 의도한 경우.’ 제63조는 조약법 성문화 역사상 최초로 객관적 체제 설정 조약 개념을 명문의 규정으로 도입했다는 점에서 중요한 의의를 가진다.

Waldock 특별보고관의 예상대로, 초안 제63조를 접한 국제법위원회 내에서는 커다란 논쟁이 벌어졌다. 동조에 대해 부정적인 입장을 취한 위원들은 크게 다음 세 가지 이유로 이를 반대했다. 첫째, 객관적 체제 설정 조약은 순수한 의미의 조약법적 사안이 아니다. 즉 조약법뿐만 아니라 관습국제법, 물권, 승인 등 여러 다양한 국제법 분야들과도 밀접하게 관련되므로 조약법협약에서 이를 다룰 수 없다는 것이다. 둘째, 객관적 체제 설정 조약도 결국 제3국의 동의에 의존한다는 점에서 제3자적 조약 개념과 별다른 차이가 없다. Waldock 초안 제63조에 따르면, 객관적 체제 설정 조약에 동의한 국가들만 객관적 체제를 수락한 것으로 간주된다. 제3자적 조약 개념 역시 제3국의 동의에 근거하여 그 국가에게 효력을 미친다. 이 점에서 두 개념은 실질적 차이가 없다는 것이다. 셋째, 객관적 체제 설정 조약 개념은 서구 열강의 국제적 처분이라는 구시대적 관행에 근거한 것으로 오늘날 국제사회에는 적합하지 않다. 특히 개발도상국 출신 위원들이 이를 지지했다.

첫 번째와 두 번째 비판은 결국 객관적 체제 설정 조약의 개념적 독자성이 인정될 수 있는지의 문제로 귀결된다. 많은 위원들은 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 설명하기 위해 굳이 조약법상 객관적 체제 설정 조약이라는 새로운 개념을 도입할 필요는 없다고 보았다. 이를 제3자적 조약과 관습국제법으로 충분히 다룰 수 있기 때문이다. 첫 번째 비판에 따르면, 조약이 대세적 효력을 갖는 현상은 물권이나 관습국제법, 제3국의 승인 등으로도 설명될 수 있는 문제이다. 두 번째 비판 역시 이러한 현상이 제3자적 조약으로도 충분히 설명될 수 있음을 전제한다. 그렇다면 객관적 체제 설정 조약이란 정확히 어떤 개념이며, 제3자적 조약 및 조약 규정의 관습법화와 구체적으로 어떻게 다른가?

본 논문에서는 우선 객관적 체제 설정 조약의 정의 및 성립 요건을 도출했다. 다음의 다섯 가지 요건이 모두 충족되는 경우에 객관적 체제 설정 조약으로 인정될 수 있다. ① 조약 당사국들이 이러한 성격의 조약으로 의도했고, ② 조약이 주로 특정한 영역의 법적 지위를 규율하며, ③ 조약 당사국들이 이러한 객관적 법체제를 설정할 권한을 가지며, ④ 조약이 국제공익을 보호하려는 목적을 가지며, ⑤ 제3국이 동의한 경우. 이 중에서 제3국의 동의는 객관적 체제 설정 조약의 성립 요건이긴 하지만, ① 내지 ④의 요건들이 모두 충족되면 이러한 동의가 존재하는 것으로 자동 추정된다. 즉 제3국이 조약 체제에 대해 갖는 동의의 재량이 영(零)으로 축소되는 것이다.

객관적 체제 설정 조약은 제3자적 조약 및 조약 규정의 관습법화와 비교했을 때 대세적 효력을 갖는 조약 현상을 훨씬 더 명쾌하게 설명해 낼 수 있다. 제3자적 조약 개념은 제3국에 권리를 부여하는 경우와 의무를 부과하는 경우를 구분해서 다룬다는 한계가 있다. 전자는 제3국의 명시적 반대가 없는 경우에, 후자는 제3국의 명시적 수락이 있는 경우에 성립한다. 그러나 많은 조약 규정들은 제3국의 권리와 의무를 함께 다룬다. 제3자적 조약 개념에 따르면, 이때 제3국이 아무런 의사 표시를 하지 않을 경우 의무는 회피하면서 권리만 향유하는 불합리한 결과가 초래될 수 있다. 제3자적 조약에서는 권리·의무의 대상인 제3국이 누구인지

가 중요하므로, 이러한 제3국이 반드시 특정되어야 한다. 그러나 조약 규정들 중에서는 모든 국가들이 지켜야 할 범규범을 선포하는 경우도 존재한다. 1959년 남극조약, 1995년 M/S Estonia 협정, 1982년 UN해양법협약, 1967년 우주조약, 1979년 달 조약 등이 그렇다. 이러한 조약들은 인적 적용 범위는 전혀 언급하지 않으며, 오히려 영토적 적용 범위를 특정하는 데 중점을 둔다. 영역의 이용 관계 규율에 주된 목적이 있기 때문이다. 이러한 조약 현상들은 제3자적 조약 개념으로 포섭되지 않는다.

그렇다면, 이를 조약 규정의 관습법화로 설명할 수 있는가? 비엔나 조약법협약에 따르면, 제3자적 조약으로 설명되지 못하는 현상들은 조약 규정에 기초한 관습국제법의 발전으로 설명될 수 있다. 그러나 조약이 대세적 효력을 갖는 모든 경우를 관습국제법으로 다룰 수는 없다. 일정한 규제 목적을 달성하기 위해 국제기구를 설립하거나 일정한 절차를 거치도록 하는 조약 규정의 경우가 특히 그러하다. 관습국제법은 ‘일반화된 관행’이기 때문에 성질상 일반화될 수 있는 규범만 관습국제법으로 발전할 수 있다. 그러나 구체적·체계적 규율을 담고 있는 조약 규정들은 성질상 일반화될 수 있는 규범이 아니다. 또한 관습국제법은 조약의 대세적 효력이 비교적 신속하게 발생하는 현상을 설명함에 있어 한계가 있다. 특정 국가 관행이 광범위하고 지속적으로 행해지며 법적 확신을 불러일으키기까지는 비교적 긴 시간이 소요되기 때문이다.

객관적 체제 설정 조약 개념을 새롭게 인정해야 할 이유가 바로 여기에 있다. 객관적 체제 설정 조약은 조약과 관습국제법의 장점만을 합친 일종의 혼합형 규범 체계이다. 복잡한 사안에 대한 구체적·체계적 규율이 가능한 조약의 외형을 갖춘 동시에, 모든 국가들을 대세적으로 구속하는 관습국제법과 유사한 법적 효력이 인정된다. 객관적 체제 설정 조약은 오늘날 국제사회가 당면한 여러 문제들을 효과적으로 해결할 수 있는 수단을 제공한다. 예컨대, 환경 문제의 경우를 생각해 볼 수 있다. 환경 문제는 초국경적으로 영향을 미칠 가능성이 크기 때문에 이를 대세적 효력을 갖는 규범으로 다룰 것이 요구된다. 또한 환경 문제에 효과적으로 대응하기 위해서는 유해물질 감축 목표 수치 제시, 감시 기구 수립

등 구체적이며 체계적인 대책이 필요하다. 객관적 체제 설정 조약의 대세적 효력과 구체적·체계적 규율 체계는 이러한 필요들을 충족시킨다.

물론 객관적 체제 설정 조약 개념을 국제법상 도입함에 있어 제기되는 여러 비판들에도 주의를 기울여야 할 것이다. 객관적 체제 설정 조약 개념의 인정이 19세기 서구 열강들의 국제적 결정(international settlement)을 부활시키는 격이 될 수 있다는 우려가 바로 그렇다. 일부 강대국들이 객관적 체제 설정 조약 개념을 자국에게 유리하게 남용할 가능성은 현재 국제사회에서도 얼마든지 존재한다. 그러나 이는 극복될 가능성이 전혀 없는 문제점은 아니다. 또한 위에서 살펴본 바와 같이, 객관적 체제 설정 조약 개념은 국제사회의 여러 문제들을 해결함에 있어 유용하게 쓰일 수 있다. 남용 가능성이 우려된다고 해서 이처럼 유용한 수단을 원천적으로 부정하는 것은 타당하지 않다. 오히려 이러한 단점들을 최소화하면서 장점은 극대화하는 방식으로 이를 운용해야 한다. 이를 위해 객관적 체제 설정 조약의 성립 요소 중 ‘국제공익적 목적’을 강화하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 즉 해당 조약의 주된 목적이 국제공익의 보호에 있으며, 이러한 조약의 운영이 실제로 전체 국제사회에 유익한 결과를 가져다주는지를 엄격히 판단할 필요가 있다. 물론 이러한 판단은 일부 국가들에 맡겨져서는 안 되며, UN이나 ICJ와 같이 중립적 위치에 있는 국제기관에 부탁되어야 할 것이다.

객관적 체제 설정 조약은 기존 조약법 체제로서 충분히 다뤄지기 힘든 현대 국제사회의 문제들을 효과적으로 해결할 수 있는 잠재력을 가진 개념이다. 객관적 체제 설정 조약의 구체적 운영에 있어 여러 가지 문제점들도 제기되지만, 이를 제대로 보완해 나간다면 새로운 국제적 입법 수단으로서 상당한 활약을 기대해 볼 수 있을 것이다. 그러므로 객관적 체제 설정 조약은 비엔나 조약법협약에서 제외된 구시대적 개념으로만 볼 것이 아니라, 현대 국제사회의 필요에 부응하는 새로운 역할을 부여받을 수 있도록 개념적으로 재평가되어야 한다.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

#### (1) 국내

- 김대순, 『국제법론』, 제18판 (서울: 법문사, 2015).
- 김준호, 『민법강의: 이론·사례·판례』, 제21판 (파주: 법문사, 2015).
- 정인섭, 『신국제법강의: 이론과 사례』 제6판 (서울: 박영사, 2016).
- 정인섭, 『조약법강의』 (서울: 박영사, 2016).

#### (2) 국외

- Alvarez, A., *La Codification du Droit International* (Paris: A. Pedone, 1912).
- Anzilotti, D., *Cours de Droit International* (traduction par G. Gidel) (Paris: Recueil Sirey, 1929).
- Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2013).
- Baslar, K., *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998).
- Bergbohm, C., *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts* (Dorpat: Druck von C. Mattiesen, 1876).
- Bluntschli, J., *Le Droit International Codifié* (Paris: Guillaumin et cie, 1895).
- Brierly, J., *The Law of Nations*, 5th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1955).
- Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 7th ed. (New York: Oxford University Press, 2008).
- Chinkin, C., *Third Parties in International Law* (New York: Oxford University Press, 1993).
- Cobbett, P., *Cases and Opinions on International Law*, 3rd ed. (London: Stevens and Haynes, 1909).



- Crawford, J., *The Creation of States in International Law*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2006).
- Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Cukwurah, A., *The Settlement of Boundary Disputes in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1967).
- Dahm, G., Delbrück, J. & R. Wolfrum, *Völkerrecht: Begründet von Georg Dahm*, Bd. I (1) (Berlin; New York: W. de Gruyter, 1988).
- Dahm, G., Delbrück, J. & R. Wolfrum, *Völkerrecht: Begründet von Georg Dahm*, Bd. I (2) (Berlin; New York: W. de Gruyter, 2002).
- de Martens, G., *Précis du Droit des Gens Moderne de l'Europe*, Tome Premier (Paris: Guillaumin, 1864).
- Dickinson, E., *The Equality of States in International law* (Cambridge: Harvard University Press, 1920).
- Dixon, M., *Textbook on International Law*, 7th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).
- Fellmeth, A. & Horwitz, M., *Guide to Latin in International Law* (New York: Oxford University Press, 2009).
- Field, D., *Draft Outlines of an International Code* (New York: Diossy & Company, Law Publishers, 1872).
- Grant, J. & Baker, J. (eds.), *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal* (Buffalo, New York: William S. Hein, 2007).
- Henkin, L., *et al*, *International Law: Cases and Materials*, 3rd ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1993).
- Kelsen, H., *Principles of International Law* (New York: Rinehart & Company, Inc., 1952).
- Klabbers, J., *International Law* (New York: Cambridge University Press, 2013).
- Klein, E., *Statusverträge im Völkerrecht: Rechtsfragen territorialer Sonderregime* (Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1980).
- Lauterpacht, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law* (London: Longmans, Green & Co., 1927).

- Lauterpacht, H., *Recognition in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).
- Lepard, B., *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications* (New York: Cambridge University Press, 2010).
- McNair, A., *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961).
- McNair, A. & Lauterpacht, H. (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1925-1926* (London; New York; Toronto: Longmans, Green & Co., 1929).
- McNair, A. & Lauterpacht, H. (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928*, reprinted ed. (London; New York; Toronto: Longmans, Green & Co.; Grotius Publications Ltd. Cambridge, 1981).
- Moyle, J., *Imperatoris Justiniani Institutionum Libri Quattuor: with Introductions, Commentary and Excursus* (Oxford: Clarendon Press, 1903).
- Obieta, J., *The International Status of the Suez Canal* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1960).
- Oppenheim, L., *International Law*, 2nd ed. (London: Longmans, Green and Co., 1912).
- Oppenheim, L., *The Panama Canal Conflict between Great Britain and the United States of America: A Study*, 2nd ed. (London: Cambridge University Press, 1913).
- Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (New York: Oxford University Press, 2006).
- Pasquale, F., *International Law Codified and Its Legal Sanction*, 5th ed. (transl. by E. Borchard) (New York: Baker, Voorhis and Company, 1918).
- Pradier-Fodéré, P., *Traité de Droit International Public Européen & Américain*, Tome Deuxième (Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885).
- Ragazzi, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (New York: Oxford University Press, 1997).
- Reddie, J., *Researches, Historical and Critical, in Maritime International Law*, Vol. I (Edinburgh: Thomas Clark, 1844).
- Reid, H., *International Servitudes in Law and Practice* (Chicago, Illinois: Chicago University Press, 1932).

- Reuter, P., *Introduction to the Law of Treaties* (transl. by J. Mico & P. Haggenmacher) (London; New York: Pinter Publishers, 1989).
- Rousseau, C., *Droit International Public*, Tome I (Paris: Sirey, 1970).
- Roxburgh, R., *International Conventions and Third States: A Monograph* (London: Longmans, Green & Co., 1917).
- Serdy, A., *The New Entrants Problem in International Fisheries Law* (Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2016).
- Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. (Manchester; Dover, N.H.: Manchester University Press, 1984).
- Shaw, M., *International Law*, 7th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).
- Triepel, H., *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1899).
- Trindade, A., *International Law for Humankind: Towards a New "Jus Gentium"*, 2nd Revised ed. (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Vali, F., *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory*, 2nd ed. (London: Stevens & Sons Ltd., 1958).
- Vattel, E., *The Law of Nations* (Indianapolis: Liberty Fund, 2008).
- Villiger, M., *Customary International Law and Treaties* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1985).
- Westlake, J., *International Law: Part I Peace*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1910).
- Wilde, R., *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away* (New York: Oxford University Press, 2008).
- Williams, J. & Lauterpacht, H. (eds.), *Annual Digest of Public International Law Cases, 1919-1922* (London; New York; Toronto: Longmans, Green & Co., 1932).
- Wolff, C., *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (Oxford: Clarendon Press, 1934).
- Ydit, M., *Internationalised Territories: From the "Free City of Cracow" to the "Free City of Berlin"* (Leyden: A.W. Sythoff, 1961).
- Zimmermann, A., *Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge* (Berlin; New

York: Springer, 2000).

## 2. 논문

### (1) 국내

박현진, ‘대일강화조약과 독도 영유권’, 『국제법평론』 제28호 (2008), pp. 127-148.

성중모, ‘『유스티니아누스 법학제요』 한글초역 - 제3권 번역과 주석 -’, 『법사학연구』 제46호 (2012), pp. 547-658.

정재민, ‘대일강화조약 제2조가 한국에 미치는 효력’, 『국제법학회논총』 제58권 제2호 (2013), pp. 45-62.

### (2) 국외

Agusman, D. ‘Is the International Seabed Regime of the LOSC 1982 an Objective Regime Valid *Erga Omnes*?’ *Indonesia Journal of International Law*, Vol. 4 (2006), pp. 423-436.

Aust, A., ‘The Law of Treaties’, in J. Grant & J. Barker (eds.), *The harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal* (Buffalo, New York: William S. Hein, 2007), pp. 307-335.

Arrow, D., ‘Seabeds, Sovereignty and Objective Regimes’, *Fordham Law Journal*, Vol. 7 (1983), pp. 169-243.

Barnes, R., ‘Objective Regimes Revisited’, *Asian Yearbook of International Law*, Vol. 9 (2000), pp. 97-145.

Baxter, R., ‘Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law’, *British Yearbook of International Law*, Vol. 41 (1965), pp. 275-300.

Baxter, R., ‘Treaties and Customs’, *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 129 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1970), pp. 27-105.

- Beckett, W., 'Decisions of the Permanent Court of International Justice on Points of Law and Procedure of General Application', *British Yearbook of International Law*, Vol. 11 (1930), pp. 1-54.
- Boczek, B., 'The Soviet Union and the Antarctic Regime', *American Journal of International Law*, Vol. 78 (1984), pp. 834-858.
- Bederman, D., 'Third Party Rights and Obligations in Treaties', in D. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford, U.K.: Oxford University Press, 2012), pp. 328-346.
- Bos, M., 'The Recognized Manifestations of International Law: A New Theory of "Sources" ', *German Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1977), pp. 9-76.
- Cahier, P., 'Le Problème des Effets des Traités à l'égard des États Tiers', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 143 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1974), pp. 589-736.
- Carr, C. & Scott, G., 'Multilateral Treaties and the Environment: A Case Study in the Formation of Customary International Law', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 27, Issue 2 (1999), pp. 313-335.
- Cavaglieri, A., 'Règles Générales du Droit de la Paix', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 26 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1929), pp. 311-585.
- Charney, J., 'Universal International Law', *American Journal of International Law*, Vol. 87, Issue 4 (1993), pp. 529-551.
- Cheng, B., 'United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?', *Studies in International Space Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997), pp. 125-149.
- Crusen, G., 'Les Servitudes Internationales', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 22 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1928), pp. 1-79.
- David, E., '1969 Vienna Convention Article 34', in O. Corten & P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (New York: Oxford University Press, 2011), pp. 887-896.

- De Aréchaga, E., 'Treaty Stipulations in Favor of Third States', *American Journal of International Law*, Vol. 50, Issue 2 (1956), pp. 338-357.
- De Aréchaga, E., 'International Law in the Past Third of a Century', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 159 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1978), pp. 1-344.
- Dromgoole, S., 'The International Agreement for the Protection of the *Titanic*: Problems and Prospects', *Ocean Development and International Law*, Vol. 37 (2006), pp. 1-31.
- Fitzmaurice, G., 'The Juridical Clauses of the Peace Treaties', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 73 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1949), pp. 255-367.
- Fitzmaurice, G., 'Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law', in F. Asbeck (ed.), *Symbolae Verzijl: Présentées au Professeur J.H.W. Verzijl a l'occasion de Son LXX-ieme Anniversaire* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1958), pp. 153-176.
- Fitzmaurice, M., 'Modifications to the Principles of Consent in Relation to Certain Treaty Obligations', *Austrian Review of International & European Law*, Vol. 2 (1997), pp. 275-317.
- Fitzmaurice, M., 'Third Parties and the Law of Treaties', *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6 (2002), pp. 37-137.
- Fitzmaurice, M., 'The Practical Working of the Law of Treaties', in M. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014).
- Franckz, 'Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea', *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8 (2000), pp. 49-81.
- Hannikainen, L., 'The Continued Validity of the Demilitarised and Neutralised Status of the Åland Islands', *Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 54 (1994), pp. 614-651.
- Hannikainen, L., 'The International Legal Basis', in L. Hannikainen & F. Horn (eds.), *Autonomy and Demilitarisation in International Law: The Åland*

- Islands in a Changing Europe* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), pp. 55-83.
- Jacobsson, M. & Klabbers, J., 'Rest in Peace? New Developments Concerning the Wreck of the *M/S Estonia*', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 69 (2000), pp. 317-332.
- Juda, L., 'The 1995 United Nations Agreement on Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks: A Critique', *Ocean Development and International Law*, Vol. 28 (1997), pp. 147-166.
- Kiss, A., 'The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality?', *International Journal*, Vol. 40 (1984), pp. 423-441.
- Klabbers, J., 'On Maritime Cemeteries and Objective Regimes: the case of the M/S Estonia' (1997),  
[\[http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/Estonia.pdf\]](http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/Estonia.pdf), pp. 1-16.
- Klabbers, J., 'The Community Interest in the Law of Treaties: Ambivalent Conceptions', in U. Fastenrath *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp. 768-780.
- Lachs, M., 'Le Développement et Les Fonctions des Traités Multilatéraux', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 92 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1957), pp. 229-341.
- Lee, L., 'The Law of the Sea Convention and Third States', *American Journal of International Law*, Vol. 77 (1983), pp. 541-568.
- Lowe, V., 'The Law of Treaties: Or, Should This Book Exist?', in C. Tams, *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, U.K.: Edward Elgar), pp. 3-15.
- Mejía-Lemos, D., 'Some Considerations Regarding "Instant" International Customary Law", Fifty Years Later', *Indian Journal of International Law*, Vol. 55, Issue 1 (2015), pp. 85-108.
- McNair, A., 'So-Called State Servitudes', *British Yearbook of International Law*, Vol. 6 (1925), pp. 111-127.
- McNair, A., 'The Functions and Differing Legal Character of Treaties', *British Yearbook of International Law*, Vol. 11 (1930), pp. 100-118.

- Monaco, R., 'Cours Général de Droit International Public', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 125 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1968), pp. 93-336.
- Mosler, H., 'The International Society as a Legal Community', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 140 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1974), pp. 1-320.
- Napoletano, G., 'Some Remarks on Treaties and Third States under the Vienna Convention on the Law of Treaties', *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 3 (1977), pp. 75-91.
- Neff, S., 'A Short History of International Law', M. Evans (ed.), *International Law*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014), pp. 3-28.
- O'Connell, D., 'A Re-consideration of the Doctrine of International Servitude', *Canadian Bar Review*, Vol. 30 (1952), pp. 807-818.
- Oxman, B., 'The International Commons, the International Public Interest, and New Modes of International Lawmaking', in J. Delbrück (ed.), *New Trends in International Lawmaking - International 'Legislation' in the Public Interest*, Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther-Schücking-Institute of International Law, March 6 to 8, 1996 (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), pp. 21-60.
- Padelford, N. & Andersson, K., 'The Aaland Islands Question', *American Journal of International Law*, Vol. 33, No. 3 (1939), pp. 465-487.
- Paparinskis, M., 'Regulating Treaties: A Comparative Perspective', in C. Tams *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014), pp. 39-73.
- Pillaut, J., 'Nature Juridique et Effets Généraux de Traités Internationaux', *Journal de Droit International*, Vol. 46 (1919), pp. 593-602.
- Plakokefalos, I., 'Treaties and Individuals: Of Beneficiaries, Duty-bearers, Users, and Participants', in C. Tams *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014), pp. 623-653.
- Proelss, A., 'Article 34. General Rule Regarding Third States', in O. Dörr & K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Heidelberg; New York: Springer, 2012), pp. 605-643.



- Proelss, A., 'The Personal Dimension: Challenges to the *Pacta Tertiis* Rule', in C. Tams *et al.* (eds.), *Research Handbook on the Law of Treaties* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014), pp. 222-253.
- Rayfuse, R., 'The United Nations Agreement on Straddling and Highly Migratory Fish Stocks as an Objective Regime: A Case of Wishful Thinking?', *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1999), pp. 253-278.
- Riedel, E., 'International Environmental Law - A Law to Serve the Public Interest?', in J. Delbrück (ed.), *New Trends in International Lawmaking - International 'Legislation' in the Public Interest*, Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther-Schücking-Institute of International Law, March 6 to 8, 1996 (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), pp. 61-98.
- Rotkirch, H., 'The Demilitarization and Neutralization of the Åland Islands: A Regime 'in European Interests' Withstanding Changing Circumstances', *Journal of Peace Research*, Vol. 23, Issue 4 (1986), pp. 357-376.
- Rozakis, C., 'Treaties and Third States: a Study in the Reinforcement of the Consensual Standards in International Law', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 35 (1975), pp. 1-40.
- Rosas, A., 'The Åland Islands as a Demilitarised and Neutralised Zone', in L. Hannikainen & F. Horn (eds.), *Autonomy and Demilitarisation in International Law: The Åland Islands in a Changing Europe* (The Hague: Kluwer Law International, 1997), pp. 23-40.
- Rosenne, S., 'Codification Revisited After 50 Years', J. Frowein & R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2 (London: Kluwer Law International, 1998), pp. 1-22.
- Salerno, F., 'Treaties Establishing Objective Regimes', in E. Cannizzaro (ed.) *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2011), pp. 206-243.
- Salvioli, G., 'Les Règles Générales de la Paix', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 46 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1933), pp. 5-164.

- Schachter, O., 'The Decline of Nation-State and Its Implications for International Law', *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, Issues 1&2 (1998), pp. 7-23.
- Schulthess, L., 'The Franco-Swiss Free Zones', *Foreign Affairs*, Vol. 3, Issue 2 (15 December 1924), pp. 331-334.
- Scott, G. & Carr, C., 'Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 25, Issue 1 (1996), pp. 71-94.
- Selak, C., 'The Suez Canal Base Agreement of 1954', *American Journal of International Law*, Vol. 49, Issue 4 (1955), pp. 487-505.
- Simma, B., 'The Antarctic Treaty as a Treaty Providing for an "Objective Regime"', *Cornell International Law Journal*, Vol. 19, Issue 2 (1986), pp. 189-209.
- Simma, B., 'From Bilateralism to Community Interest in International Law', *Recueil des Cours: collected courses, Hague Academy of International Law*, Vol. 250 (Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 1994), pp. 217-384.
- Subedi, S., 'The Doctrine of Objective Regimes in International Law and the Competence of the United Nations to Impose Territorial or Peace Settlements on States', *German Yearbook of International Law*, Vol. 37 (1994), pp. 162-205.
- Tammes, A., 'Asser Institute Lectures on International Law: Codification of International Law in the International Law Commission', *Netherlands International Law Review*, Vol. 22, Issue 3 (1975), pp. 317-326.
- Trindade, A., 'Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States', *Thesaurus Acroasium - Sources of International Law* (XVI Session, 1988), Thessaloniki (Greece), Institute of Public International Law and International Relations (1992), pp. 51-134.
- Tunkin, G., 'Is General International Law Customary Law Only?', *European Journal of International Law*, Vol. 4 (1993), pp. 534-541.
- Vacianne, S., 'Part XI of the Law of the Sea Convention and Third States: Some General Observations', *Cambridge Law Journal*, Vol. 48, Issue 1

- (1989), pp. 85-97.
- Vitányi, B., ‘The Regime of Navigation on International Waterways, Part I : The Beneficiaries of the Right of Navigation’, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 5 (1974), pp. 111-166.
- Waibel, M., ‘The Principle of Privity’, *University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 44/2016 (2016), pp. 1-39.
- Waultrin, R., ‘La Neutralité des îles d’Aland’, *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 19, 1907, pp. 517-533.
- Werner, W., ‘Mankind’s Territory and the Limits of International Law-making’, in R. Liivoja & J. Petman (eds.), *International Law-making: Essays in Honour of Jan Klabbers* (New York: Routledge, 2014), pp. 103-118.
- Williston, S., ‘Contracts for the Benefit of a Third Person in the Civil Law’, *Harvard Law Review*, Vol. 16, Issue 1 (1902), pp. 43-51.
- Wolfrum, R., ‘Book Review: Statusverträge im Völkerrecht’, *German Yearbook of International Law*, Vol. 24 (1981), pp. 533-534.
- Wright, Q., ‘Conflicts between International Law and Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 11 (1917), pp. 566-579.

### 3. 국제 판례

#### (1) 상설국제사법재판소

*Case of the S.S. “Wimbledon”*, Judgment of 17 August 1923, Publications of the P.C.I.J., Series, A., No. 1.

‘Acts and Documents Relating to Judgments and Advisory Opinions Given by the Court’, Vol. 1, Publications of the P.C.I.J., Series C, No. 3.

*Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment of 25 May 1926, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 7.

*Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August, 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 22.

*Case relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, Judgment of 10 September 1929, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 23.

*Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Second Phase)*, Order of 6 December 1930, Publications of the P.C.I.J., Series A, No. 24.

*Status of Eastern Carelia*, Advisory Opinion of 23 July 1923, Publications of the P.C.I.J., Series B, No. 5.

*Case of the Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, Advisory Opinion of 8 December 1927, Publications of the P.C.I.J., Series B, No. 14.

*Customs Régime between Germany and Austria (Protocol of March 19th, 1931)*, Advisory Opinion of 5 September 1931, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 41.

*Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion of 4 February 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 44.

*Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of 7 June 1932, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 46.

## (2) 국제사법재판소

*Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949.

*International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950.

*Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th, 1950: I.C.J. Reports 1950.

*South-West Africa - Voting Procedure*, Advisory Opinion of June 7th, 1955: I.C.J. Reports 1955.

*Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South-West Africa*, Advisory Opinion of June 1st, 1956: I.C.J. Reports 1956.

*Case concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (Israel v. Bulgaria)*, Preliminary Objections, Judgment of May 26th, 1959: I.C.J. Reports 1959.

*Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960.

*Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962.

*South-West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962.

*South-West Africa*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966.

*North Sea Continental Shelf*, Judgment: I.C.J. Reports 1969.

*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J.

Reports 1970.

*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.

*Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment: I.C.J. Reports 1974.

*Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

*Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Memorial of the Republic of El Salvador (1 June 1988).

*Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990.

*Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992.

*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994.

*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Counter-Memorial Submitted by the Slovak Republic, Vol. I (5 December 1994).

### (3) 국제중재판정

*Award between the United States and the United Kingdom relating to the rights of jurisdiction of United States in the Bering's sea and the preservation of fur seals*, 15 August 1893, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVIII, pp. 263-276.

*North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain v. United States)*, 7 September 1910, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XI, pp. 167-226.

*Island of Palmas Case (Netherlands, USA)*, 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, pp. 829-871.

*Pablo Nájera (France) v. United Mexican States*, 19 October 1928, Reports of International Arbitral Awards, Vol. V, pp. 466-508.

*Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, 28 janvier 1931, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, pp. 1105-1111.

*Affaire de foëts du Rhodope central (fond) (Grèce contre Bulgarie)*, 29 mars 1933, Reports of International Arbitral Awards, Vol. III, pp. 1405-1436.

*Eritrea/Yemen Arbitration - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea*, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), 9 October 1998.

#### (4) 국제법률가위원회

‘Report of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands question’, *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 3 (1920), pp. 3-19.

### 4. UN 및 국제연맹 자료

#### (1) 국제법위원회 관련 문서

Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II.

Yearbook of the International Law Commission, 1951, Vol. II.

Yearbook of the International Law Commission, 1953, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1956, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1957, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1959, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1960, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1962, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1963, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I.  
Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1972, Vol. II.  
Yearbook of the International Law Commission, 1974, Vol. II(1).  
Yearbook of the International Law Commission, 1983, Vol. II(1).

## (2) UN 및 국제연맹 시기 조약

- ‘Treaty between Principality of Liechtenstein and the Switzerland concerning the Union of the Latter with the Swiss Customs Territory, Signed at Berne on March 29, 1923’ (translation), *League of Nations Treaty Series*, Vol. 21 (1923-1924), pp. 243-261.
- ‘Agreement regarding the M/S Estonia, signed at Tallinn on 23 February 1995’, No. 32189, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1890, pp. 176-177.
- ‘Protocol Additional to the Agreement of 23 February 1995, signed at Stockholm on 23 April 1996’, No. A-32189, *United Nations Treaty Series*, Vol. 1947, p. 404.

## (3) 기타 UN 및 국제연맹 문서

UN Doc. A/RES/174 (II) (1947).  
UN Doc. A/RES/1361 (XIV) (1959).



UN. Doc. A/RES/2145 (XXI) (1966).

UN Doc. A/RES/2340 (XXII); United Nations General Assembly 22nd session  
Official Records : First Committee, 1515th Meeting; *ibid*, First Committee,  
1516th Meeting (1967).

UN Doc. A/RES/25/2749 (1970).

UN Doc. A/RES/2832 (XXVI) (1971).

UN Doc. A/RES/36/39, (1981).

UN Doc. A/CONF.39/26 (1969).

UN Doc. A/CN.4/1/Rev/1 (1949).

UN Doc. A/CN.4/500 and Add. 1 (1999).

UN Doc. A/CN.4/664 (2013).

UN Doc. A/CN.4/675 (2014).

UN Doc. A/37/PV.10 (1982).

UN Doc. A/39/PV.28 (1984).

UN Doc. A/49/1 (1994).

UN Doc. A/50/1 (1995).

UN Doc. A/50/142 (1995).

UN Doc. A/61/10 (2006).

UN Doc. A/66/10 (2011).

UN Doc. A/71/10 (2016).

UN Doc. A/70 (1946).

UN Doc. A/3576 (1957).

UN Doc. A/6695 (1967).

UN Doc. A/8492 and Add. 1 (1971).

UN Doc. S/RES/118 (1956).

UN Doc. S/RES/276 (1970).

UN Doc. S/RES/284 (1970).

UN Doc. S/RES/956 (1994).

UN Doc. S/2322 (1951).

UN Doc. S/3818, (1957).

Security Council Official Records, 9th year: 659th meeting, 15 February 1954,  
New York.

Security Council Official Records, 11th year: 735th meeting, 5 October 1956,  
New York.

- ‘Resolution Adopted by the Assembly of the League of Nations, 22 Sep. 1924’, *League of Nations Official Journal*, Special Supplement, No. 21, (1924), p. 10.
- ‘Legal Position Arising from the Enforcement in Time of Peace of the Measures of Economic Pressure Indicated in Article 16 of the Covenant, Particularly by a Maritime Blockade’, C. 241. 1927 V, *League of Nations Official Journal*, Vol. 8, Issue 7 (1927), pp. 834-845.

## 5. 조약법 성문화 관련 자료

- ‘Questionnaire No. 5: Procedure of International Conferences and Procedure for the Conclusion and Drafting of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 3, Supplement (1926), pp. 204-221.
- ‘Report to the Council of the League of Nations on the Questions which Appear Ripe for International Regulation’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1, Supplement (1928), pp. 4-38.
- ‘Projects of Public International Law’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1, Supplement: Codification of International Law (1928), pp. 238-272.
- Hudson, Manley O., ‘Research in International Law’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1 (1928), pp. 151-152.
- ‘Convention on Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 3, Supplement: Official Documents (1928), pp. 138-142.
- ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 23, Special Supplement (1929), pp. 1-9.
- ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 26, Supplement (1932), pp. 1-14.
- ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 29, Supplement (1935), pp. 1-13.
- ‘Codification of International Law: Part III - Law of Treaties’, *American Journal of International Law*, Vol. 29, Supplement (1935), pp. 653-1228.
- ‘General Introduction’, *American Journal of International Law*, Vol. 33,

Supplement (1939), pp. 1-10.

‘United Nations Documents on the Development and Codification of International Law’, *American Journal of International Law*, Supplement, Vol. 41, Issue 4 (1947), pp. 29-148.

## 6. 학위 논문

Lee, K-G., The Law of State Succession in the Post-Decolonisation Period with Special Reference to Germany and the Former Soviet Union, University of Cambridge Ph.D. dissertation (1998).

## 7. 기타

‘Jurisprudence en Matiere de Droit International’, *Bulletin de l’Institut Intermediaire International*, Vol. 14 (1926), pp. 55-98.

‘Deutsche Note vom 14 November 1936’ (1936), *Deutsches Reichsgesetzblatt Teil II*, pp. 361-362.

‘Opening Statement by Professor O. N. Khlestov, Head of the Delegation of the USSR’, ANT/IX/72 (19 September 1977).

‘The Challenge of Enlargement: Commission Opinion on Finland’s Application for Membership’, *Bulletin of the European Communities*, Supplement 6/92 (4 November 1992).

‘Enhancing Compliance with the Protocol: Departure State Jurisdiction’, Submitted by the United Kingdom, Doc. XXI ATCM/WP22 (April, 1997).

Varmer, O. & Aznar, M., ‘The Centenary of Titanic and the Treaty Giving

Legal Protection’, *UNESCO Scientific Colloquium on Factors Impacting the Underwater Cultural Heritage: 10th Anniversary of the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage*, Royal Library of Belgium, Brussels (Belgium), 13-14 December 2011,  
[[http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/UCH\\_Brussels\\_S1\\_Ole&Aznar.pdf](http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/UCH_Brussels_S1_Ole&Aznar.pdf)].

‘Consultation on UK Implementation of the Agreement for the protection of the wreck of the RMS *Titanic*’, United Kingdom Department for Transport, 7 April 2003,  
[<http://www.inapc.org.uk/Consultation%20on%20Protection%20of%20RMS%20Titanic%20by%20DoT%202003.pdf>].

‘Statement of the U.S. Signing of an Agreement to Protect the RMS *Titanic* Wreck Site’, United States Department of State, 18 June 2004,  
[<https://2001-2009.state.gov/g/oes/rls/rm/2004/33708.htm>].

Panama Canal Authority, ‘Panama Canal Sets New Monthly Tonnage Record’,  
[<http://micanaldepanama.com/expansion/2017/02/panama-canal-sets-new-monthly-tonnage-record/>].

‘25 Years of the Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty: Committee for Environmental Protection’, Secretariat of the Antarctic Treaty, Buenos Aires (2016),  
[[http://www.ats.aq/documents/atcm39/ww/atcm39\\_ww007\\_e.pdf](http://www.ats.aq/documents/atcm39/ww/atcm39_ww007_e.pdf)].

Abstract

# Treaties Establishing Objective Regimes: A Conceptual Revaluation

Ahhyun Ryu

Graduate School of Law,  
Seoul National University

Treaties, as a principle, can only be applied to States who are parties to the treaty. This principle of *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, also known as the principle of privity, has a long history, with its origins found in Roman law. But it doesn't mean that the principle disallows any exceptions. As a matter of fact, there has been attempts to introduce some exceptions to this principle. The boldest attempt of this kind has been to admit the concept of 'treaties establishing objective regimes' in international law. Treaties establishing objective regimes could be defined as treaties having *erga omnes* effect, that is, treaties which can be applied to non-parties as well as State parties.

This dissertation addresses the question whether the concept of treaties establishing objective regimes could actually be admitted into international law. The question was first formally dealt with in the International Law Commission, during the time when the Commission

was working on codifying the Law of Treaties. Special Rapporteur Waldock was the first Special Rapporteur ever to insist on allocating a separate article for this concept. His Draft Article 63 defined the concept of treaties establishing objective regimes and also included special treaty law mechanisms to regulate this concept. The International Law Commission, however, did not welcome this article. In fact, there was a huge disagreement among the members of the Commission; some were inclined to accept the article in principle, whereas some were vehemently opposed to it. In the end, the Commission decided that the article should be excluded from the final draft. This decision, however, is not the final word on the subject. As a matter of fact, many textbooks on international law still treat it as a seemingly valid international legal concept. The International Law Commission itself expressly deals with the concept in its later works, State Succession of Treaties, and State Responsibility.

How, then, should we evaluate the current status of treaties establishing objective regimes in international law? In other words, could this notion be accepted as a valid international legal concept? If so, on what grounds? This dissertation first examines whether the phenomenon of treaties having *erga omnes* effect could sufficiently be explained under the existing Law of Treaties framework. After concluding in the negative, it then proceeds to investigate what kinds of advantages the concept of treaties establishing objective regimes has in explaining such phenomena.

Chapter 2 lays the groundwork for the whole discussion: it introduces the *pacta tertiis* principle and its exceptions. Drawing on a comparison between the different drafts on treaty law suggested by academics and institutions, this chapter looks at how the perception of the subject has changed over time. We will see that the absolute character of the

principle becomes more relaxed, and the range of exceptions becomes more expansive. There are, however, certain limits to it. The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties only allows two exceptions to the principle: treaties providing for rights or obligations for third parties, and rules in a treaty becoming binding through international custom.

Chapter 3 focuses on the phenomenon of treaties having *erga omnes* effects. It analyses different types of such treaties, and considers on what grounds the *erga omnes* effect of such treaties could be justified. There were some suggestions that this phenomenon should be accorded a special treatment within the Law of Treaties framework. This chapter will examine how different Law of Treaties drafts deal with this topic. It will also acknowledge the fact that the attempt of Special Rapporteur Waldock to introduce a separate article on this topic has turned out to be futile, and that the 1969 Vienna Convention does not include such article. Special attention must be given to the reason why the attempt has not been so successful. According to the Vienna Convention, the *erga omnes* effect of treaties can sufficiently be explained on the basis of treaties providing rights or obligations for third parties, and rules in a treaty becoming binding through international custom. Thus, there is no need to introduce a whole new concept of treaties establishing objective regimes.

Chapter 4 examines whether, despite the reasons given above, there actually is a need to adopt the concept of treaties establishing objective regimes, in order to more fully explain the *erga omnes* effect of treaties. Before actually dealing with that question, this chapter makes a detailed analysis on what exactly are treaties establishing objective regimes. Based on the contents of Special Rapporteur Waldock's draft article and doctrinal analysis on the subject, it

identifies five conceptual elements which constitute a treaty establishing an objective regime: ① State parties' intention, ② regulation of territorial status, ③ States parties' competence in establishing objective regimes on that territory, ④ purpose to serve general interest, and ⑤ third parties' consent. With this definition of the concept in mind, this chapter then compares it with treaties providing for rights and obligations for third parties, and rules in a treaty becoming binding through international custom. It confirms that treaties establishing objective regimes have relative conceptual advantage in dealing with the phenomenon of treaties with *erga omnes* effects.

Treaties establishing objective regimes can be characterized as a kind of a hybrid legal norm, combining only the conceptual advantages of treaties providing for rights and obligations for third parties, and customary international norms. This concept, in the form of a treaty, can regulate complicated matters in a specific and systematic manner. Also, as a norm having *erga omnes* applicability, it can effectively deal with problems that require cooperation on a global level. Therefore, treaties establishing objective regimes should not be disregarded as an outdated concept rejected by the 1969 Vienna Convention, but be reappraised in light of the changed circumstances in the international community. This concept could potentially serve as a useful legal tool to address many problems in today's international society.

**Keywords :** Treaties Establishing Objective Regimes, 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Privity of Treaties, Treaties Providing for Rights or Obligations for Third Parties, Customary International Law, *Erga Omnes* Effect of Treaties.

**Student Number :** 2015-21408